

【論 説】

私法規律の構造 3

—— 「債権契約の終わり方」の規律 (二) ——

伊 藤 進

目 次

一 問題意識

二 「契約の終わり方」の多様性

1 法定解除による契約の終わり方の規律

2 契約成立後の履行不能による契約の終わり方の規律 (以上 87 巻 2・3 合併号)

3 契約成立時の「事情」による契約の終わり方の規律 (以下本号)

(イ) 取消による契約の終わり方の規律

i 取消による契約の終わり方の規律構造

ii 「取消」による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

iii 「取消」による契約の終わり方と対第三者

(ロ) 書面によらない贈与の撤回による契約の終わり方の規律

(ハ) クーリング・オフによる契約の終わり方の規律

(ニ) 撤回による契約の終わり方の規律

4 契約締結時における「当事者の意思」による契約の終わり方の規律

(イ) 解除条件付法律行為 (契約) による契約の終わり方の規律

(ロ) 失権約款による契約の終わり方の規律

(ハ) 約定解除による契約の終わり方の規律

i 約定解除による契約の終わり方の規律構造

ii 約定解除による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

iii 約定解除による契約の終わり方と対第三者

(二) 買戻し特約による契約の終わり方の規律

(ホ) 解約手付による契約の終わり方の規律

5 契約成立後の合意 (解除契約) による契約の終わり方の規律

6 事情変更による契約の終わり方の規律

i 事情変更による契約の終わり方の規律構造

ii 事情変更による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

7 解約告知による契約の終わり方 (以下次号)

3 契約成立時の「事情」による契約の終わり方の規律

(イ) 取消による契約の終わり方の規律

i 取消による契約の終わり方の規律構造

契約の取消は、「契約の終わり方」の観点に立つてみると、契約成立時の「無能力・意思欠缺・瑕疵ある意思表示」という事情に基づいて、一旦、契約が成立し契約債権関係も発生した契約を終らせるものとみることができる。このような契約成立時の「無能力・意思欠缺・瑕疵ある意思表示」という事情のある場合の規律に当たって無効とするか取消とするかは「意思」についての立法政策の問題である。民法は、このような契約の取消は、制限行為能力者による契約（民法5条）や契約が詐欺、強迫により成立した（民法96条）という事情のある場合に認めている。また、現行民法は契約の成立時に意思が欠缺するという事情のある場合は無効としているが、そのうちの錯誤については学説では取消的無効などと解するのが有力であったし、民法（債権関係）の改正案でも、錯誤については取消とする（要綱仮案第3、2(1)、改正条文案95条）としている⁽¹⁾ ことから明らかである。そこで、取消と規律する場合でも、取り消された場合は無効と同じものとするのは納得のいくところである。このことは、民法121条で「初めから無効」であったものとみなすとしているのも、そのためではないかと思われる。これは、不成立無効は契約は成立していなかったということになるが、通常、無効とされている場合は契約は成立しているが、当該契約からは契約債権関係は発生しないとされていることからすると、取り消された契約は契約債権関係を発生させる法律要件としての効果は始めから生じていなかったものと規律するものといえる。すなわち、取消は契約自体を不存在とするものではないが、当該契約の法律要件としての効果は始めから生じていなかったものとすることによって、当該契約により発生した契約債権関係も、当然に当初から発生していなかったものとして規律するものである。これは、法律行為としての契約自体の遡及的消滅として規律するもので、契約の拘束力からの解放、離脱とみる規律とも異なる。

このことからすると、取消の場合は、取消によって契約が始めから無効であった

とみられ、取消により契約債権関係は遡及的に消滅する。その結果、取消前の給付については、債権が存在しないのに給付された状態にあるとみて、不当利得により規律することになる。これは、法定解除における直接効果説でも原契約を遡及的に解消し、契約債権関係も遡及的に消滅し、従って既履行債務は不当利得として返還請求が認められるとするのと近似する。すなわち、そこでは、契約自体が遡及的に消滅するものと規律する点では共通し、その結果として契約債権関係も遡及的に消滅することから、既履行債務は債権が存在しないのに給付された状態とみて不当利得により規律する点でも共通するとみている。ただ、その不当利得返還義務の範囲については、原則は、現存利益の返還であることから、法定解除の場合には原状回復との間に隙間が生じ、これを埋めるため、返還義務の範囲を原状回復にまで拡張したにすぎないとされている。しかし、取消では不当利得規律により現存利益の返還を原則とするのに対して、解除とくに法定解除では「原状回復」としているのは、両者の契約の終わり方の規律構造自体の違いによるものではないと思われる⁽²⁾。

そこで、取消と解除における原状回復義務の関係を検討した山下が、このような通説的見解に対して、取消・解除は単に形式的法律関係の遡及的消滅に本質的意義を有するものではなく原状回復即ち原因関係成立前の状態に戻すことに本質があり、法律関係の消滅は従属的であり、むしろ結果的であるとする⁽³⁾。たしかに、解除に関するこれまでの論争では、山下のいう「形式的法律関係」すなわち、契約の効力として発生した契約債権関係が取消と同様に遡及的に消滅するものであるかどうかに関心があてられて、その本質的議論が行われてこなかったと思われることから、その提案は正鵠を得たものである。しかし、山下も、取消や解除とくに法定解除も共に「原状回復即ち原因関係成立前の状態に戻すことに本質」があると捉えているのは、取消や解除に伴う契約債権関係の処理の仕方のみ注目するもので、従来、「債権関係が遡及的に消滅するのかどうか」として議論されてきたのとは、その視点において本質的に異なるものではなく、疑問である。取消では、契約成立時における意思表示に係わる「事情（詐欺・強迫・欠缺・無能力など）」のある場合に、契約債権関係を発生させる法律要件としての契約の効果は始めから生じていなかったものとするところに本質がある。しかし、解除とくに法定解除による契約の終わり方の規律としては、契約自体に係わる規律である点では取消と類似するものの、契約自体の消滅として規律することの妥当でないとは前述したところで

ある。また、取消による契約終了の効果内容として、契約自体が遡及的に消滅する結果、当該契約から発生した契約債権関係は遡及的に消滅し、既履行については無効原因給付と同様に不当利得規律によるものとして規律する。これは、契約から発生した「債権」「債務」に注目しての規律である。そして、通説的見解によれば、法定解除についても、同様の規律視点に立っている。そうだとすると、取消も法定解除も契約の終了原因（要件）については、取消では契約成立時における意思表示に係わる「事情（詐欺・強迫・欠缺・無能力など）」に、法定解除では一方当事者の不履行という契約自体に存在する事情に注目して規律しているのに対して、契約終了後の効果内容の規律に当っては契約から生じた「債権」ないし「債務」に注目して規律するという状況にあることになる。

なお、民法（債権関係）の改正案では、無効な法律行為の効果について、原状回復義務を原則とし（要綱仮案第 5、1(1)、改正条文案 121 条の 2 第 1 項）、無償行為の場合で善意の給付受領者（要綱仮案第 5、1(2)、改正条文案 121 条の 2 第 2 項）か、意思能力を欠く状態で法律行為をした者（要綱仮案第 5、1(3)、改正条文案 121 条の 2 第 3 項）については現存利益の返還とする旨を提案している。これは、法律行為に基づく債務の履行として給付がなされたが、その債務の発生原因である法律行為の効力が存在していなかった場合の給付の巻き返しという点では、契約が解除された場合の巻き返しとしては類似した法律関係であるから、民法 545 条 1 項と同様の表現を用いたとされている⁽⁴⁾。そして、取消の効果について民法 121 条 1 項本文が維持されたとすると、取消も法定解除による契約の終わり方の規律と同様に、原状回復が原則ということになる。このような規律思考は、山下の指摘した思考と、基本的には同じである。このことによって、無効、取消、解除は契約の終わり方の規律としては、基本的には異なるものではないことになる。しかし、前述したような契約の終わり方の原因（要件）では契約自体に注目して規律し、契約終了の効果内容については「債権」ないし「債務」に注目して規律するという規律構造を維持したままであるとすると、給付の巻き返しという現象にのみとらわれた、余りにも理論を無視した立法ではないかと思われる。そこで、山野目は、民法（債権関係）の改正で、法律行為が無効である場合、既履行給付について原状回復を原則（要綱仮案第 5、1(1)）とし、無償行為で相手方が善意のときは現存利益（要綱仮案第 5、1(2)）の返還としたのは、有償契約である場合においては、

その有償契約がもともと考慮していた対価的な均衡を顧慮したものであるとみている⁽⁵⁾。そして、無効ではなく取り消されたという場合も、始めから無効であるとされるから、同じであるとみる。かかる見解は、取消によって契約自体が消滅すると言う場合の契約終了の効果内容も、単に当該契約から生じた「債権」の不存在給付の問題として規律するのではなく、取り消された契約が対価的均衡関係にある有償契約であるという契約の特性に注目して規律するのが妥当とするものであるといえる。このような契約終了の効果内容の規律に当たっても、契約自体に注目して規律することによって、無効、取消の場合も法定解除と同様に原状回復とすることにつき説得力をもつことになる。契約債権法の規律において、従来とは異なる規律構造を導入することであり、そのことが妥当かどうかの抜本的検討が求められよう。そして、このような規律準則によるのが妥当とすると、法定解除による契約の終わり方の効果内容の規律においても、当該契約が有償双務契約である場合は原状回復とするのが妥当ということになるが、無償片務契約である場合は原則として、改正後も維持するとされている民法 545 条 1 項は適用されないものと解するのであれば平仄がとれないことになろう。また、無償片務契約で相手方が善意である場合の契約の終わり方の効果内容として、現存利益とするのは何故か問題である。現行民法の不当利得規律では、民法 703 条と 704 条の関係から善意の利得者については現存利益としている。かりに、これを維持するだけであるとすると、現行不当利得規律は「債権」がないのに利得を得たことに注目した規律であることからすると、無償契約では従前通り債権ないし債務に注目して規律し、有償双務契約では当該契約の特性に注目して規律するという規律構造上の齟齬が生ずることになる。そこで、無償片務契約の特性から根拠づけることが要請されよう。

ii 「取消」による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

取消による契約の終わり方の規律は、契約債権関係を発生させる法律要件としての契約の効果がはじめから生じていなかったことになる。その結果、当該契約から生じた契約債権関係もはじめから存在していないものとして規律するのが妥当とすると、未履行債務ははじめから存在していなかったことになる。既履行債務は債務がはじめから存在していないのに給付が行われている状態にある。このため、それは無効給付と同様の給付不当利得（民法 703 条、704 条）として規律するのが妥

当ということになる。ただ、不当利得規律では、原則は現存利益の返還ではあるが、悪意の受益者との関係では受けたる利益と損害賠償としていることから、民法 121 条ただし書では制限行為能力者取消については特則規律していることになる。

なお、法定解除についての直接効果説では、契約の終わり方としても解除も取消と異なるものではないとみる。そうだとすると、法定解除についての損害賠償（民法 545 条 3 項）は取消との関係ではどのようなものか。このことについての論議は、全くみない。ただ、支配的見解では、この損害賠償は債務不履行に基づく損害賠償と解していることから、取消では、当然問題にならない。しかし、この損害賠償は法定解除により原状回復が行われてもなお残る損害の賠償を意味するとする見解も有力である⁽⁶⁾。しかし、かりに、このような見解に立ったとしても、取消は、法定解除では原状回復としているのに対して、原則は現存利益の返還としていることから、このような損害の賠償を觀念して規律する必要はない。

契約が取り消されると遡及的に無効となるのが原則である。ただ、継続的契約の取消には遡及効を認めるべきでないとする見解がある⁽⁷⁾。しかし、取消は、契約締結の当初から、「無能力・意思欠缺・瑕疵ある意思表示」という事情のある場合であることから、遡及的に無効とする必要性が強い⁽⁸⁾。

iii 「取消」による契約の終わり方と対第三者

取り消されると、当事者間では、原契約の効果は遡及的に発生していなかったことになり、契約債権関係も遡及的になかったことになる。この結果、取消前に、相手方が第三者に物権ないし債権を処分していた（物権変動という）としても、物権行為の無因性を認めないわが国では、物権変動自体が遡及的になかったことになる。このことから、第三者は無権利者から物権ないし債権を取得した状態が生ずる。そこで、無権利者からは権利を取得できないとの大原則に従って、第三者は物権ないし債権を失うことになる。ただ、詐欺取消については、「取消は、善意の第三者に対抗することができない」としている（民法 96 条 3 項）。これは、詐欺を受けた者よりも善意の第三者を保護して取引の安全を保護する趣旨とされている⁽⁹⁾。そして、この「対抗することができない」とする規律について、取消の効果を主張できない⁽¹⁰⁾とか、取消により意思表示が無効であることを主張できない⁽¹¹⁾とか、取消の効果（無効）を対抗できない⁽¹²⁾ことを意味するとされている。また、民法 94

条の虚偽表示の「無効は、善意の第三者に対抗することができない」と同趣旨とみる⁽¹³⁾。しかし、その具体的内容として、近江は、対抗の反射的效果として、第三者は有効に権利を取得することであり、その反射的效果として第三者が無権利者から権利を取得することになる。虚偽表示が有効とされたり、相手方が権利者とされたりするわけではない。無権利者から権利を承継できないとする近代法の大原則の例外的措置であるとみている⁽¹⁴⁾。これに対して、石田は、通謀虚偽表示の場合と同じく、表意者の法律行為は取消により相手方との間では法律効果を生じないが、善意無過失の第三者との間では第三者の内心的効果意思に対応した法律効果が生じることである。この結果、取消権者と第三者では第三者は取消権者から物権ないし債権を取得したものとして扱われるとみている⁽¹⁵⁾。両者間には、取消を「第三者に対抗することができない」ことの結果として、近江は第三者は無権利者である相手方から物権ないし債権を取得するとしているのに対して、石田は相手方からではなく取消権者から物権ないし債権を取得したものとして扱われるとして、大きな相違がみられるが、いずれも過剰な効果を認めるもので妥当とは思われない。「善意第三者に対抗することができない」と規律するだけで、無権利者からは権利は取得できないとする大原則の例外的効果を認めたり、善意第三者とは当事者関係にない取消権者との間で第三者の内心的効果意思に対応した効果が生ずるとみるのは疑問である。そこで、「取消は、善意の第三者に対抗することができない」とは、詐欺による契約は、取消により相手方との関係では無効であるが、善意第三者との関係では無効とはならない関係として規律しているものと解するのが素直ではないかと思われる。すなわち、善意第三者との関係では取消による契約の効果の遡及的解消自体が制限されているものと解すべきではないだろうか。この結果、善意第三者は、権利者とされる相手方から物権ないし債権の処分を受けていることになる。

注

- (1) 民法（債権関係）部会資料 78A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(2)1 頁。なお、「改正条文案」については、民法（債権関係）部会資料 84—2・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その1）参考資料によるもので、以下同じである。
- (2) なお、取消と解除の関係につき検討したものとして、山下末人「取消・解除に於ける原状回復義務」法学論叢 61 巻 5 号 99 頁以下参照。
- (3) 山下・前掲（法学論叢 61 巻 5 号）133 頁。
- (4) 民法（債権関係）部会資料 66A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1) 36 頁。

- (5) 山野目章夫「民法（債権関係）改正のビューポイント(1)」NBL1038 号 12 頁。
- (6) 石坂音四郎・日本民法第三編債権第六卷（有斐閣書房・1916 年）2336 頁、石田文次郎・財産法に於ける動的理論（巖松堂書店・1940 年）553 頁など。
- (7) 我妻栄・債権各論（中巻二）（岩波書店・1962 年）555 頁以下。
- (8) 同旨、幾代通・民法総則（青林書院新社・1970 年）433 頁、石田穰・総則総則（悠々社・1992 年）484 頁。
- (9) 鳩山秀夫・法律行為乃至時効（巖松堂書店・1913 年）171 頁。
- (10) 鳩山・前掲書 171 頁。
- (11) 我妻栄・新訂民法総則（岩波書店・1965 年）312 頁。
- (12) 近江幸治・民法総則〔第 5 版〕（成文堂・2005 年）200 頁。
- (13) 近江・前掲書（総則）200 頁、石田（穰）・前掲書（総則）361 頁。
- (14) 近江・前掲書（総則）166 頁、167 頁。
- (15) 石田（穰）・前掲書（総則）361 頁。

（ロ）書面によらない贈与の撤回による契約の終わり方の規律

民法 550 条は、書面によらない贈与の撤回を認めている。これは、立法者によれば、旧民法や諸外国の民法では、贈与契約を要式契約としているのに対して諾成契約（549 条）とすることを前提としながら、贈与者の意思が未だ確定していないこと⁽¹⁾、あるいは贈与者に熟慮を促す余地を与えるためである⁽²⁾と説明されている。このことからすると、贈与契約は確定的には効力は生じていないことを前提としているようにもみることができる。「撤回することができる」と定めていることから推察される。「撤回」には、申込みの撤回（521 条、524 条、527 条）のように未だ契約が成立していない時点において申込みの意思表示の効力を失わせる場合の他に、法律行為は成立しているが未だ効力が生じていない時点で法律行為の効力を失わせる場合があるとされているが、書面によらない贈与の撤回は後者の意味であると解すると、契約の終わり方の一態様とみてよいかが問題となる。しかし、有賀によれば、法典調査会における穂積の説明では贈与の拘束力は極めて弱いものと考えていたようであるが、有償契約と比較して軽いものとみていたわけではないことや、梅は要式契約でないことを強調し、方式を必要とすることは、有益な贈与を妨げることが多いのに比して、有害な贈与を防げるのか疑問であるとみていたと指摘している⁽³⁾ことからすると、贈与は諾成契約として当事者の合意のみにより成立し契約債権関係も発生することを前提としているものと解するのが妥当と思われる。民法（債権関係）改正要綱仮案 31、1（改正条文案 549 条）で、この

ことを確認する。このようにみてくると、平成16年の民法現代語化で「撤回」とされたものの、改正前の「取消」とすべきである。このような観点に立って書面によらない贈与の撤回についてみるときは、贈与契約成立時に書面によらなかったという事情に注目して、贈与契約が成立し契約債権関係が発生した後でも、取消と同様に、贈与契約の効果は初めから無効となり、契約債権関係は存在していなかったものと規律するものといえる。この結果として、未贈与債務については履行を求めることができず、既贈与債務については、本来、給付不当利得になるのに対し、贈与者の意思が確定し、あるいは熟慮された結果であるとみて、ただし書で制限しているものとみることができる。

また、民法（債権関係）の改正では、中間試案や要綱仮案では現行の民法550条を維持するとしていたところ、その後の要綱原案では「撤回」を「解除」に改めると提案（改正条文案550条参照）している。その理由として、民法の現代語化改正で「取消」を「撤回」に改めたのは、その当時における同条についての学説上の一般的な理解に従い、意思表示に瑕疵があることを理由として効力を消滅させるものについては「取消し」の語を用い、それ以外の理由により効力を消滅させるものについては「撤回」の語が用いられていたが、この改正の結果として、意思表示に瑕疵があることを理由としないで契約の効力を消滅させる行為を意味する語として、「解除」と「撤回」が併存することになった。他方、「撤回」の語については、民法550条を除けば、意思表示の効力を消滅させる意味で用いられていることを踏まえて「撤回」を「解除」に改めることが相当であるとしている⁽⁴⁾。「撤回」を契約の効力を消滅させるものではなく、意思表示の効力を消滅させる規律であるとする点については妥当といえるが、その帰結として「取消」ではなく「解除」に改める理由がどこにあるのか疑問である。このことから、「書面によらない贈与」であったという法律行為（契約）の成立時における事情に注目して、贈与契約の効果が始めから生じていなかったものとする点であると解され、このことから契約の終わりの規律としては「取消」に改めるべきである。

なお、民法（債権関係）改正中間試案では、550条は維持し、贈与者の困窮による解除（第36、4）、受贈者の非行による解除（第36、5）を設け、これらによる解除については現存利益の限度で返還義務を負う（第36、3）として、契約の解除に伴う原状回復義務（第11、3）の内容につき特則を設けている。これらの解除は、

贈与者の困窮や受贈者の非行という贈与契約成立後の事情によるものであることからすると、法定解除と同質の契約の終わり方と組み立てているようにみられる。現に、中間試案第 36、3 を設けることについて、契約の解除の一般原則の特則と説明されている⁽⁵⁾ ことから明らかである。そして、このような特則を設ける理由として、契約の解除の効力についての定め（第 11、3）は双務契約を念頭に置いたルールであるのに対して、贈与契約は無償契約であるから特則を設ける必要があるとする。すなわち、贈与契約では受贈者が無償で目的物を取得できたはずであったのに、原状回復義務を負わすことは、実質的には受贈者に対価を支払って目的物の取得をするのと同じ帰結に至ることになるからだとする⁽⁶⁾。しかし、中間試案第 36、3 を設けることの理由を無償契約に求めることは、穂積や梅が、贈与契約が無償契約であるから軽いものとは見ていなかった⁽⁷⁾ といわれていることと齟齬する。また、もし仮に、無償契約であることに注目するときは、贈与者側に立ってみると、贈与者の困窮や受贈者の非行という事情の生じた場合には既贈与された利益の全ての返還を認めるものと定めるもので妥当ということになりそうである。このようなことからすると、中間試案での解除の定めを法定解除と同質の契約の終わり方とその特則として組み立てるとする、その組み立ては場当たりのであり、「きれいな法則ないし方程式」によるものではないといえそうである。そこで、この中間試案で解除の定めは妥当とするものの、それは法定解除と同質ではなく、書面によらない贈与の撤回と同質の「取消」を意味するものとして規律するのが適切ではないと思われる。ところで、その後の民法（債権関係）改正素案では、贈与が解除された場合の受贈者の返還義務の範囲を現存利益の範囲に限定するとした中間試案（第 36、3）と贈与者の困窮を事由とする解除（第 36、4）は、取り上げないことにしている。その理由として、この規定は贈与者の債務不履行を事由とする解除だけではなく約定解除にも適用があるものであるところ、一般的に現存利益に限るとするのが相当であるかについては疑問があり、贈与契約において、債務不履行解除等が行われ、その場合の返還義務の広狭が紛争となることは多くないことから、解釈に委ねれば足りるからであるとしている⁽⁸⁾。中間試案第 36、3 が、贈与契約が無償契約であることから返還の範囲を現存利益に限定し、贈与契約の解除の全ての場合に適用されるものとして提案されていたとすると、素案で取り上げないことにしたことは、前述したことから明らかにように妥当である。なお、民法（債権

関係）の改正案では、無償行為の無効の効果について給付受領者が善意であることを立証すれば現存利益の返還とされている（要綱仮案第5、1(2)、改正条文案121条の2第2項）ことから、贈与契約でも同様の解釈が行われるものと推察される。しかし、無効の効果についての提案の妥当でないことは前述した通りであることから、書面による贈与であったこと、あるいは書面によらない贈与であったが履行がなされたことから取消すことができない場合でも、受贈者の非行という事情が生じた場合には例外的に取消をみとめ、贈与契約から生じていた契約債権関係は初めから生じていなかったことになり、既贈与は給付不当利得として703条、704条の不当利得規律に従うものと解すべきである。この場合、受贈者が善意の利得者であるか悪意の利得者であるかによって、その返還の範囲に差異を設けるか否かに係わって、例外的取消であることに鑑み、全て民法703条によることを明記したもののこの点は、取消における制限行為能力者の場合に近似する一として規律するのが妥当ではないと思われる。

なお、民法（債権関係）改正案では、現行民法が消費貸借（民法587条）、使用貸借（民法593条）、寄託（657条）については要物契約としているのに対して、消費貸借では書面である消費貸借については諾成で契約の効力が生ずるものとし（要綱原案第31、1(1)、改正条文案587条の2第1項）、使用貸借（要綱原案第34、1、改正条文案593条）と寄託（要綱原案第38、1(1)、改正条文案657条）を諾成契約に改めるのに伴い、書面による消費貸借の「借主は金銭その他の物を受け取るまで、契約の解除をすることができる」（要綱原案第31、1(2)、改正条文案587条の2第2項）し、使用貸借では書面による場合は例外として「借主が借用物を受け取るまでは契約の解除をすることができる」（改正原案第43、3(1)、593条の2）し、寄託では「受寄者が寄託物を受け取るまで解除できる」（改正原案第38、1(2)、657条の2第1項）としている⁽⁹⁾。これらは、書面によらない贈与の撤回を解除に改めたことと同旨であるとされている。そうであるとなると、書面によらない贈与では契約成立時における「書面（要式）」の欠如に注目して取消とするのが妥当としたのと同様に、これらの場合も契約成立時の「要物性」の欠如という「事情」に注目して取消とするのが妥当ということになる。なお、消費貸借では「貸主は、その解除によって損害を受けたときは、借主に対し、その賠償を請求することができる」（要綱原案第32—1(2)2文、改正条文案587の2第2項、2文）とし、寄託

では「受寄者は、その契約の解除によって損害を受けたときは、寄託者に対し、その損害を請求することができる」（要綱原案第 38—1(2)2 文、657 条の 2 第 1 項 2 文）としているが、契約の解除の効果としては現行民法 545 条 2 項を改めるものとされているものの、基本的には維持されている（要綱原案第 12—5）ことから現行民法 545 条 3 項の損害賠償とどのような関係になるのかの問題が生ずる。これらの解除は民法 545 条の解除の効果規定の適用のない解除ということになるのかどうかである。このような疑問の生ずることからも書面によらない贈与の場合をも含めて、これらの場合は「取消」とするのが妥当ではないだろうか。

注

- (1) 梅謙次郎・民法要義巻之三（有斐閣・1899 年）462 頁以下。
- (2) 広中俊雄・民法修正案（前三編）の理由書（有斐閣・1987 年）582 頁。
- (3) 有賀恵美子「民法 550 条の強行法規性」法律時報 86 巻 3 号 103 頁。
- (4) 民法（債権関係）部会資料 84—3・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 1）補充説明 15 頁。
- (5) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013 年）436 頁。
- (6) 商事法務編・前掲書 436 頁。
- (7) 有賀・前掲 103 頁参照。
- (8) 民法（債権関係）部会資料 75A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(9) 35 頁。
- (9) 民法（債権関係）部会資料 84—1・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 1）52 頁、57 頁、61 頁。

(ハ) クーリング・オフによる契約の終わり方の規律

割賦販売法は営業所等の以外の場所において割賦販売の方法により指定商品、若しくは指定役務の申込みをした者又は契約を締結した者（割賦販売法 4 条の 4 第 1 項）、特商法は営業所以外の場所で指定商品、若しくは指定役務の申込みをした者又は契約を締結した者（特商法 9 条）、電話勧誘行為により指定商品若しくは指定役務の申込みをした者又は契約を締結した者（特商法 24 条）、宅建業法は宅地建物取引業者の事務所又はその他以外の場所で買受けの申込みをした者又売買契約を締結した買主（宅建業法 37 条の 2）は、無条件で、所定期間内に、書面により当該契約の申込みの撤回又は当該契約の解除（申込みの撤回等という）を行うことができるとしている。また、特商法は連鎖販売契約を締結した相手方（特商法

37条）、特定継続的役務提供契約を締結した特定契約的役務提供受領者（特商法4条）、金融商品取引法は金融商品取引契約を締結した顧客（金融商品取引法37条の6）は所定期間内に無条件で、当該契約の解除を行うことができるとしている。このように、所定期間内なら無条件で、契約の申込みを撤回し、若しくは契約を解除できるとするのをクーリング・オフと称されている。このようなクーリング・オフは1962年にイギリスのモロニー委員会が「合意の撤回の制度を作るべきである」と勧告し、イギリスで1964年にハイヤー・バーチエス法が制定され、その後、諸外国の消費者保護立法において採用されたものである⁽¹⁾。そして、その発想の出発点は熟慮期間内ならば無条件でキャンセルできるとするものであった⁽²⁾。フランスの1973年の消費者保護に関する法律1137号の3条でも熟慮期間内は契約上の義務の履行を求め得ないとしているし、ドイツの1974年のドイツ割賦販売法では当事者の意思表示の合意によって直ちに契約が成立することではなく、期間の経過によって成立するものであるとの考えが明確に示されている⁽³⁾。このことからすると、クーリング・オフは契約が未成立状態であることを前提とするものと解することかでき⁽⁴⁾、契約の終わり方とは次元の異なるものということになる。

しかし、その後、ドイツでは債権法改正案では不意打ちを受けた者の無条件契約取消権を規定し（ドイツ民法305条）、アメリカの統一消費者信用法典モデル案では契約の成立を前提としての契約の無条件解除⁽⁵⁾として規定している。わが国での前記の諸条項にみられる申込みの撤回、若しくは契約の解除についてみると、申込みの拘束力、若しくは契約の拘束力からの解放を意味する点では共通するものの、前者については契約の終わり方とは関係のないことは明らかである。そこで、後者の契約の解除の法的性質についてみると、契約成立後、履行の完了までは、消費者の意思の変更という随意条件（民法134条）によって失効させることを消費者に認めた法定の解除条件付契約（民法127条）であり、履行完成後は無条件解約権であるとみる解除条件付契約説⁽⁶⁾、契約は成立しているがクーリング期間経過という条件成就または効力は生じない状態にあるとする停止条件付契約説⁽⁷⁾、クーリング期間は消費者の意思は生成過程にあり、クーリング・オフ権が行使されると確定的に無効となり、クーリング・オフ期間が経過すると契約が成立するとみる生成中の意思表示説⁽⁸⁾、売買一方の予約説⁽⁹⁾、取消と同様に一旦成立し、効力の生じた契約をはじめてから存在していなかったものと扱う特殊解約権説⁽¹⁰⁾、

クーリング・オフ権は通常の解除権と同様で契約の効力を遡及的に無効となるとみる解除権説などがみられる⁽¹¹⁾。そこで、これらを検討した上で、私見としては、クーリング・オフは消費者の情報力・判断力不足による意思確定から生ずる消費者被害を救済するためであるとすると無能力取消の法理と本質的に共通する無条件取消とみるのが妥当と解するに至っている⁽¹²⁾。

そこで、クーリング・オフに基づく契約の解除を、このような性質を有するものであるとみると、取消と同様に、契約成立時における情報力・判断力不足による意思確定という事情による契約の終わり方の一態様とみることができる。このことからすると、クーリング・オフ権に基づき契約が解除されると、契約は契約債権関係を発生させる法律要件としての効果は始めから生じていなかったものとなり、当該契約から発生した契約債権関係が当初から発生していなかったものとして規律するのが妥当ということになる。この結果、未履行債務は存在しなかったことになるし、既履行債務については給付不当利得として返還請求できることになる。ただ、この給付不当利得による返還関係においては、消費者保護の見地から訪問販売法では役務が提供され又は権利の行使により施設を利用したことによって得られた利益に相当する金銭の支払を請求することができないと規定し（同法 6 条 5 項）、さらには役務提供契約又は権利に係わる役務の提供に伴い土地又は建物その他の工作物の原状が変更したことは、その原状回復に必要な措置に必要な措置を無償で講ずるよう請求できると規定（同法 6 条 7 項）している。このことから、クーリング・オフの認められるような取引であることを承知している事業者には不当利得を成立させるだけの法律上の意味における損失が生じていないとして、消費者には不当利得返還義務はないと解することもできよう⁽¹³⁾。

注

- (1) 拙稿「クーリング・オフ制度と契約理論」消費者私法論（私法研究著作集第 10 巻）（所出 1991 年）（信山社・1998 年）125 頁以下参照。伊藤進＝村千鶴子＝高橋岩和＝鈴木深雪・テキストブック消費者法（第 4 版）（日本評論社・2013 年）64 頁（伊藤）。
- (2) 拙稿・前掲書 126 頁。
- (3) 拙稿・前掲書 126 頁。
- (4) 拙稿・前掲書 126 頁。
- (5) 拙稿・前掲書 127 頁。
- (6) 加賀山茂「訪問販売等のトラブルと法的問題点」法律のひろば 36 巻 6 号 20 頁以下。
- (7) 浜上によれば、フランスの学説にみられる見解とされている。浜上則雄「訪問販売にお

ける基本問題」現代契約法体系第4巻（有斐閣・1986年）305頁。

(8) 浜上・前掲307頁。

(9) 田村濯朗「フランス訪問販売法におけるクーリング・オフ」島根法学28巻3号66頁、74頁。

(10) 長尾治助「クーリング・オフ権の法理」立命館法学5・6号977頁以下。

(11) 詳細は、拙稿・前掲書132頁以下参照。

(12) 拙稿・前掲書147頁。

(13) 拙稿・前掲書146頁。

（二）撤回による契約の終わり方の規律

民法典は、旧民法で「言消」、「銷除」、「廢罷」とされていたのを「取消」に改め、「取消」と「撤回」とを区別していなかった。しかし、学説は、ドイツ民法学の影響を受けて、民法典上の「取消」のなかには「撤回」とすべきものがあるとして、講学上の概念として認めてきた。近時の代表的学説⁽¹⁾についてみると、奥田は、いまだ終極的の法律効果を生じていない法律行為または意思表示の効果が将来に存続することを阻止し、発生する終局的法律効果を阻止する行為であるとし⁽²⁾、於保は、意思表示としてはすでに効力が生じているが、まだ法律行為としての効力が生じていない間に、その意思表示又は法律行為を撤回して、法律行為としての効力の発生を阻止することとし⁽³⁾、幾代は、まだ終局的な法律効果が生じていない法律行為ないし意思表示の効果が将来発生ないし存続することを阻止することとし⁽⁴⁾、四宮は、意思表示ないし単独行為を行った者が、行為者自身が欲しないことを理由として、その行為がなかったことにする行為で、終極的效果発生後については許されないとし⁽⁵⁾、若干のニュアンスの違いがみられるが「取消」と異なるものとしての「撤回」概念を認めている。このようなことから、平成16年の民法現代語化改正では、民法典の取消には、法律行為の効力が既に発生しているものにつき、瑕疵があることを理由として、事後的にその効力を消滅させる行為と、「法律行為の効力がいまだ発生していないもの、あるいは、未確定であるものにつき、行為者自身がそれを欲しないことを理由として、その法律行為がなかったものとする行為」とがあり、後者を「撤回」に改正するとしている⁽⁶⁾。選択権行使の撤回（民法407条2項）、契約の申込みの撤回（民法521条1項、524条、527条1項）、懸賞広告の撤回（民法530条）、解除権行使の撤回（民法540条2項）、書面によらない贈与の撤回（民法550条）などである。しかし、椿は、これによって撤

回の用法は条文上明確にするに至ったか疑問と指摘する⁽⁷⁾。

今回の民法（債権関係）改正に当っては、民法（債権法）改正検討委員会では、無権代理人の相手方の取消し（民法 115 条）について、無権代理は本人が追認しない間は本人に契約の効力が生じていないことから、この「取消」を「撤回」に改めると提案していたが〔1、5、42〕⁽⁸⁾、中間試案〔第 4 代理〕や要綱仮案〔第 4 代理〕では取り入れられていない。「書面によらない贈与の撤回」についても、撤回は法律行為の効力がまだ生じていないか、未確定の間に、その意思表示の効力を消滅させる場合に用いられるのに対して、書面によらない贈与契約も有効に成立した契約を解消するのであるから「解除」という用法を用いるべきであると提案していたが⁽⁹⁾、審議会では、撤回と解除、取消の異同は不明確であるとして中間試案〔第 36 贈与〕や要綱仮案〔第 31 贈与〕では採り上げていなかった。しかし、要綱案の原案（その一）で突如として民法 550 条の「撤回」を「解除」に改めるとしている（改正条文案 550 条参照）。その理由としては、平成 16 年の民法現代語化改正では当時の学説上の一般的な理解に従って意思表示に瑕疵のあることを理由として効力を消滅させるものについて「取消」とし、それ以外の理由により効力を消滅させるものについても「撤回」と改正した結果、契約の効力を消滅させる行為を意味する語として「解除」と「撤回」が併存することになったこと、「撤回」は意思表示の効力を消滅させる意味に用いられていることから現行民法 550 条の「撤回」を「解除」に改めるのが相当であるとしている⁽¹⁰⁾。とくに、書面によらない贈与契約の終らせ方の規律では、民法起草者は「取消」とし、平成 16 年の民法現代語化改正では「撤回」とし、今回の民法（債権関係）の改正では「解除」に改めるなどの経緯がそれを物語るものである。

そこで、ここでは「撤回」概念を明確にするものではないが、「撤回」は契約の終わり方に係わるものであるのかどうかの観点から若干の検討を加えることにする。取消は法律行為（契約）の消滅、解消によって、解除は支配的見解によれば契約の消滅、解消によって、私見では契約の拘束力からの解放、離脱によって契約を終らせるという規律構造をもっている。撤回も、同様にこのような契約を終らせるという規律に係わるものなのかである。従来「撤回」の構成において若干ニュアンスの違いがみられるが、まず撤回が作用するのは「終極的の法律効果を生じていない法律行為または意思表示（奥田）」「意思表示としての効力が生じているが、法律行

為の効力が発生する前（於保）」「終局的な法律行為が生じていない法律行為ないし意思表示（幾代）」「行為の終局的効果発生前（四宮）」「法律行為の効力がいまだ発生していないもの、あるいは、未確定であるもの（平成16年改正）」としていることから、法律行為の効果が発生する前、あるいは法律行為の終局的効果の発生前とみている点は共通する。これを契約についてみると、契約が成立し契約債権関係が発生する前ということになる。このことからすると、契約が成立し契約債権関係が発生した後、さらには契約債権関係が実行された後でも契約を終らせることのできる取消や解除と異なり、契約の終わり方の規律には関わりのない概念であるということになる。このことから、民法（債権関係）の改正において、書面によらない贈与についても贈与契約が成立し契約債権関係が発生している点に注目して、現行民法550条の「撤回」とするのは適切でないとみたのは妥当といえる。もっとも、契約が成立したが効果が未確定の場合も「撤回」とみるべきだとする見解がみられる。これによると書面によらない贈与も、贈与契約は成立しているものの効果が未確定の状態とみて、「撤回」とするのが適切ともいえる。また、ドイツでは、クーリング・オフの認められる消費者契約も契約は成立しているが効果が未確定な状態であるとみて「撤回」としている。このことからすると、わが国においても、クーリング・オフの認められる消費者契約につき「撤回または契約の解除」と規定されているものの、この場合の「契約の解除」も撤回と解する余地がある。そして、このような場合にも「撤回」概念が作用するものであるとすると、「撤回」も成立した契約を終らせるための規律として作用するとみる余地はないではない。しかし、契約では、契約が成立し契約債権関係が発生した以上は、それが確定的であるか、未確定かを問わず契約の効果が発生した後の問題と捉え、その契約を終らせる規律としては取消ないし解除によるものとするのが概念的にすっきりするのではないと思われる。また、「撤回」の効果については「法律行為または意思表示の効果が将来に存続することを阻止し、発生する終局的法律効果を阻止する行為（奥田）」「法律行為の効力の発生阻止（於保）」「法律行為ないし意思表示の効果が発生ないし存続を阻止する（幾代）」だけのもとする見解と、「その行為をなかったものとする行為」（四宮）「法律行為がなかったものとする行為」（平成16年改正）とする見解がみられる。「撤回」の効果を「法律行為（契約）の効果が発生を阻止する」ものとする限りでは、契約の終らせ方として作用する取消や解除とは明らかに異なること

になる。これに対して、「法律行為（契約）の効果の存続を阻止する」もの、あるいは「法律行為（契約）がなかったものとする」ものとみるときは、取消や解除との区別は曖昧になる。「撤回」は契約が成立し契約債権関係が発生した後は観念できないものであるとすると、その効果は「法律行為（契約）の効果発生を阻止するにすぎないものとみるべきではないかと思われる。なお、「撤回」を、このように契約が成立し契約債権関係が発生する前に「法律行為（契約）の効果発生を阻止する」概念であるとする、撤回の対象になるのは「法律行為（契約）」自体ではなく、その法律行為（契約）の要素である意思表示とみるべきである。すなわち、撤回は、契約との関係では、契約の要素である意思表示が効力を生じた後に、契約が成立し契約債権関係が発生する前に、当該「意思表示」を撤回して契約の成立を阻止することによって、「契約の効果発生を阻止する」ものとみるのが妥当と思われる。亀田は、解除や取消は契約に向けられた概念であり、撤回は意思表示に向けられた概念であるとみるべきではないだろうか⁽¹¹⁾と提唱している。このことから、撤回は、広義では法律行為（契約）の効果否定に係わる概念ではあるが、取消や解除の終らせ方の規律に係わるものでないということになる。

注

- (1) 撤回概念について詳細に検討したものとして、深川裕佳「民法における『取消し』の多様性と『撤回』概念の明確化の必要性」東洋法学 58 巻 1 号 148 頁以下。亀田浩一郎「撤回概念の有用性」法律行為研究会報告（2014・12・13）レジュメ参照。
- (2) 末川博編・民事法学辞典（下巻）（有斐閣・1960 年）1452 頁（奥田昌道）。
- (3) 於保不二雄・民法総則講義（有信堂・1953 年）273 頁。
- (4) 幾代通・民法総則（青林書院新社・1970 年）425 頁。
- (5) 四宮和夫・民法総則（第三版）（弘文堂・1982 年）220 頁。
- (6) 吉田徹＝筒井健夫・民法改正「保証制度・現代語化」の解説（商事法務・2005 年）97 頁、98 頁。
- (7) 椿寿夫・民法総則（第 2 版）（有斐閣・2007 年）99 頁。同旨、深谷・前掲 131 頁。
- (8) 民法（債権法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針Ⅰ（商事法務・2009 年）303 頁。
- (9) 民法（債権法）改正検討委員会編・債権法改正の基本方針Ⅳ（商事法務・2010 年）164 頁。
- (10) 民法（債権関係）の改正では「撤回」は妥当でないとした上で、「解除」に改められているが、契約成立時の「事情」により契約を消滅させるものであることから「取消」に改めべきであることは前述した。
- (11) 亀田・前掲 8 頁。
- (12) この意味では、民法（債権関係）改正案では書面によらない贈与について「撤回」とみるのは妥当でないとするのは正鵠を射たものといえる。しかし、そのことの帰結として「解除」と改正するのが相当かである。たしかに、契約の終らせ方の規律に係わるものと

して解除と取消があり、そのうち取消は意思表示の瑕疵を原因として契約の効力を消滅させるものであるとの見解（深谷・前掲 130 頁、138 頁参照）からすると、「解除」とするのが妥当ということになる。民法（債権関係）改正は、このような立場に依拠するものと推察される。しかし、今日では、取消は意思表示の瑕疵を理由とする場合に限定されるものか疑問である。契約成立時における「事情」によって契約を終らせる規律であるとみるのが相当ではないだろうか。また、「解除」と「取消」との効果内容の違いから、いずれとみるのが妥当かである。民法（債権関係）改正案では、解除の効果内容と取消の効果内容は基本的には異なることはないとして改正することを提案している。そのことから、それほど差異はないかも知れない。しかし、その妥当でないことは指摘した通りである。特に、解除の効果内容としての民法 545 条は対価的均衡関係にある双務有償契約を一方当事者の債務不履行を理由として契約を終らせた場合の効果内容とみるべきであるとの私見からすると、書面によらない贈与の「撤回」を解除に改正したり、前述したように消費貸借、使用貸借、寄託を諸成契約と改正することに伴い書面とする消費貸借（要綱原案第 32、1(2)）、及び使用貸借（要綱原案第 34、3(1)）、寄託（要綱原案第 38、1(2)）では、目的物を「受け取るまでは解除できる」とするのも妥当でないということになる。

4 契約締結時における「当事者の意思」による契約の終わり方の規律

契約締結時における「事情」による法定の契約の終わり方に対比して、契約締結時における「当事者の意思」による契約の終わり方として、解除条件付法律行為（契約）や失権約款、解約手付、買戻し特約、さらには約定解除がみられる。これらの「契約の終わり方」の規律について概観すると以下のようなものである。

（イ）解除条件付法律行為（契約）による契約の終わり方の規律

民法は、解除条件付法律行為（契約）は、解除条件が成就したときに効力を失うと定めている（民法 127 条 2 項）。我妻によれば、これは、われわれは法律行為をするに当って、その効果を無制限に存続させずに、一定の事情が発生したときには、その効果を消滅するものと定めておきたいこともある。かような場合には、それらの意思は、効果意思の内容の一部となるのであるから、法律は、普通の法律行為を認めるのと同様の理由から、その意思を認め、その意思どおりに効果の達成に助力するものである⁽¹⁾とみる。このような解除条件付法律行為（契約）は、契約の解除を認めなかったローマ法においても解除条件の特約が問答契約について認められ、中世普通法でも解除条件を認め、ドイツ民法（民法 158 条）に承継され

ている。フランス民法では、双務契約で、一方の当事者が債務を履行しないときは解消されるという解除条件が黙示になされているものとみなすと規定して（民法 1184 条、1179 条）承継されている⁽²⁾。しかし、その規律の構成としては主従二個の意思表示と構成する立場と一個の単独の意思表示と構成する立場とがみられる。ローマ法では、法律行為の効果の発生を目的とする無条件の主たる意思表示とその効果を停止条件付に消滅させることを目的とする従たる意思表示があるとして前者とみていたし⁽³⁾、富井も、主従二個の意思表示に分解して条件には停止条件の一種のみと構成する⁽⁴⁾。このような主従二個の意思表示とする構成は、契約の終わり方の規律としては、契約を成立させる時点における当事者の特約により留保された解除権に基づく解除と構成されている約定解除と近似する。これに対して、わが国では、解除条件を包含する一個の単一の意思表示と構成する見解⁽⁵⁾や、主従二個の意思表示に分解して二回意思表示がなされるとみるのは誤りで、一旦法律関係を成立させて、これを条件付で消滅させるということを一の意思表示の内容とすることは法理上何ら矛盾しないとして、一個の意思表示と解するのが正当であり⁽⁶⁾、ドイツ民法第一草案も単一意思表示説に立つ⁽⁷⁾とする見解が主流をなしている⁽⁸⁾。このような単一意思表示の構成は、契約の終わり方の規律としては、取消と同様に法律行為（契約）を成立させた意思表示自体に法律行為（契約）を終らせる要因が存在するものとして規律する点では共通する。しかし、取消は、法律行為（契約）を一旦完全に有効なものとして成立させた後に無効とするのに対して、解除条件付法律行為（契約）は、条件の成否未定の間は完全に有効であり、契約債権関係は有効に存在するものの、その存続性が不確定な状態にあり⁽⁹⁾、条件が成就すると法律行為（契約）自体が自爆的に存続しなくなるものとして規律される。このことから、取消では契約自体を解消するためには取消の意思表示を必要とするのに対して、解除条件付法律行為（契約）では条件の成就のみで法律行為（契約）が自爆的に消滅し、その他別段の意思表示を要しない⁽¹⁰⁾。これらの結果、取消では契約が有効に成立し一旦、当該契約から発生した契約債権関係を当初から発生していなかったものとして処理するために不当利得規律によることになるのに対して、解除条件付法律行為（契約）では法律行為（契約）自体が存続しなくなったものとして規律することになる。ドイツ民法 158 条 2 項後文で「以前ノ法律状態ハ此ノ時ニ再ビ発生ス」と定めているのはこのことを意味するものといえる。そ

の時期については、ローマ法では遡及説・非遡及説・折衷説（停止条件は不遡及、解除条件は遡及）があり⁽¹²⁾、フランス民法では遡及としている（1179条）。わが民法ではドイツ民法158条2項と同様に不遡及を原則としている（民法127条2項）。そして、それは債権の効果を生ずるものではなく、ドイツ民法と同様に物権的に生ずると解するのが一般的である⁽¹³⁾。解除条件付法律行為（契約）が物権行為であるときは一旦移転した所有権は当然前権利者に復帰する⁽¹⁴⁾。解除条件付法律行為（契約）が債権行為であるときは解除条件が成就すると、常に契約が恰も始めより締結されなかったのと同様にみられる効果が生ずる⁽¹⁵⁾。金山は、解除条件付法律行為が債権行為であるときは、その債権行為の効力が当然に消滅し、債権の効力を失い、債権者の給付保持力が消滅する。その結果、債権行為にもとづく履行請求権も、それに応ずる履行義務も、当然に消滅し、既履行については返還義務が生ずるとする⁽¹⁶⁾。このため、不遡及の原則は、継続的契約では解除条件の成就の時迄は債権は存立し、始めより成立していなかったことにはならず、条件成就以前の借賃は返還することを要しない⁽¹⁷⁾ という意味において、また物権行為又は準物権行為では解除条件成就以前の果実は譲受人に帰し、成就以降の果実は原権利者に帰す⁽¹⁸⁾ という意味において、その意義を有するだけであるとされている⁽¹⁹⁾。なお、民法127条3項は、当事者の意思により、その効力を条件が成就した時以前に遡及させることができるとしている。この遡及効の意思表示については、ドイツ民法159条では、その意思表示の内容たる効力が生じるのではなく、それと同一の関係を当事者間に発生させるための債権関係が生ずるだけであるとされている⁽²⁰⁾ のに対して、わが国では、その意思表示そのものに法律上の効果を認めていると解するのが一般である。しかし、遡及効の意思表示を、このように解しても、解除条件付法律行為（契約）では、前述した借賃返還義務が生じたり、果実が譲受人ではなく原権利者に帰属するだけの意味をもつにすぎない。

このようにみえてくると、解除条件付法律行為（契約）による契約の終わり方の規律としては、それは契約成立時の「当事者の意思」によるものではあるが、契約成立時の「事情」による取消のように契約を無効として当該契約に対応して生じた契約債権関係が生じていなかったものとするための不当利得的規律や、契約成立時の「当事者の意思」による約定期除のような規律とは、異なる規律準則によっているといえる。

注

- (1) 我妻栄・新訂民法総則（岩波書店・1965年）405頁、406頁。
- (2) 山中康雄「解除の効果」総合判例研究叢書・民法00（有斐閣・1961年）143頁。
- (3) 鳩山秀夫・法律行為乃至時効（巖松堂書店・1913年）492頁。
- (4) 富井政章・民法原論第一卷総論（復刻版）（有斐閣・1985年）492頁。
- (5) 岡松参太郎・民法理由（有斐閣書房・1897年）127頁。
- (6) 鳩山・前掲書 492頁。
- (7) 鳩山・前掲書 393頁。
- (8) 我妻・前掲書（総則） 406頁。
- (9) 神戸大学外国法研究会編・独逸民法(1)民法総則・現代外国法典叢書(1)（有斐閣・1955年）244頁。
- (10) 於保不二雄編・注釈民法(4)（有斐閣・1967年）306頁（金山正信）。
- (12) 鳩山・前掲書 499頁。
- (13) 鳩山・前掲書 497頁、同旨、中島玉吉・民法釈義巻之一（金刺芳流堂・1904年）127頁、川名謙四郎・日本民法総論（金刺芳流堂・1914年）245頁。
- (14) 鳩山・前掲書 497頁。
- (15) 神戸大学外国法研究会編・前掲書 241頁。
- (16) 於保編・前掲書 326頁（金山）。
- (17) 鳩山・前掲書 500頁。
- (18) 鳩山・前掲書 500頁。
- (19) 神戸大学外国法研究会編・前掲書 241頁。
- (20) 神戸大学外国法研究会編・前掲書 242頁。

（口）失権約款による契約の終わり方の規律

山下によれば、失権約款とは、広義には債務者の債務不履行を条件として解除権を留保する特約をも包含し、狭義では債務不履行の場合に債権者側の特別の意思表示がなくても当然に契約の効力を失う⁽¹⁾とする特約付の契約であるとされている。山下は、失権約款の例として、「月賦販売で買主が一回でも代金の支払を遅滞すれば、契約は当然に効力を失い、買主は目的物に対する権利を失うが、売主は支払われた代金を返還する必要はないという旨の特約」や、「抵当権設定契約において、債務者の債務不履行によって抵当目的物の所有権が当然に債権者に移るという特約」⁽²⁾を挙げている。なお、判例は、生命保険契約に際しての「約定の期間内に保険料の払込みがないときは当然に保険契約が失効する旨の約款の条項」について無催告解除の特約は消費者契約法 10 条に違反するものであるかどうかにつき判断するものではある⁽³⁾が、基本的には失権約款とみているものといえる。

そして、末川によれば、ドイツ普通法で解除の制度は広汎に認められず失権約款

が認められていたとされている⁽⁴⁾。末川は、ドイツ普通法上での失権約款については「約定解除権」と同旨とみている⁽⁵⁾。広義においては、約定解除をも含むものとして同旨とみる余地があるかもしれない。しかし、今日では、狭義に解するのが一般的である。すなわち、債務不履行があると直ちに契約解除の効力が生じるとする特約が付されていることから、債務不履行が生ずると特別の意思表示がなくても契約が効力を失う場合である。失権約款を、このように解すると、契約締結時の当事者の意思によって契約を終らせる場合の一類型ということになる。そして、それは、債務不履行という事実が生じたら当然に契約の効力が失われることから、解除条件付法律行為（契約）と近似し、契約成立時における当事者の合意によって予め解除権の発生を約定し、この発生した解除権行使の意思表示をすることによって契約の効力が失われる「約定解除」とは異なる。このことから、このような失権約款は不履行を解除条件とする条件付法律行為（契約）⁽⁶⁾と性格づける見解がみられる。また、解除条件付法律行為（契約）と同旨するものであるか否かは明らかでないが、契約成立時における合意によって一定の事実（不履行）が発生すると、債務者は当然に「一定の権利」を失うものとみる見解もみられる⁽⁷⁾。失権約款に基づき契約の効力を失わせる場合は、契約を成立させる意思表示と共に、債務不履行を条件としてその契約の効力を失わせる意思表示がなされているものと構成すると、前述のように解除条件付法律行為（契約）を主従二個の意思表示と構成する立場に立つときは、その構成において異なるところはない。しかし、解除条件付法律行為（契約）を今日の一般的見解とされている一個の単独の意思表示と構成する立場に立つ限りにおいては、その構成において差異のあることは明らかである。解除条件付法律行為（契約）では、契約を成立させる意思表示自体に自爆的に契約を消滅させる効果意思を内包させているのに対して、失権約款では契約成立の意思表示とは別に契約の効力を失わせる意思表示（特約）が付着している点で異なるものである。このことから失権約款は、契約成立時の当事者の意思によって解除権を留保しているとみる約定解除に近似する契約の終わり方の規律とみるのが妥当である。ただ、約定解除のように債務不履行の事実が生じた後に解除の意思表示をすることなく、契約に付着している特約の効力として、債務不履行の事実が生ずると当然に契約の効力を失わせる点で異なるものである。このことからすると、失権約款による契約の終わり方は、契約は、一旦成立し、契約債権関係も発生した後に、一方当

事者の債務不履行の事実が生じたことによって、一旦成立した契約の効力が消滅し、それに伴って契約債権関係も消滅するものとする規律準則によるのが妥当ということになる。

ただ、失権約款による場合一旦成立した契約の効力が消滅し、それに伴って契約債権関係も消滅する時期は何時かである。基本的には、その時期についても当事者の合意により決めることができると解される。そこで、契約の成立時に遡及的に消滅させると合意されている場合は契約債権関係については不当利得規律に従うべきである。非遡及的消滅と合意した場合、あるいはその消滅の時期についての合意が明らかでない場合は失権約款の効力の生ずる時期、すなわち債務不履行の事実が生じた時期以降に消滅すると解するのが妥当と思われる。山下は、失権約款の例として、「月賦販売で買主が一回でも代金の支払を遅滞すれば、契約は当然に効力を失い、買主は目的物に対する権利を失うが、売主は支払われた代金を返還する必要はないという旨の特約」⁽⁸⁾を挙げているのも、非遡及的消滅に当たるといえよう。このような非遡及的消滅の場合には契約債権関係についての不当利得規律の適用される余地はないことになる。ただ、売主の代金不返還の特約を認めること自体が暴利行為や公序良俗に反するかどうかの問題は、別の問題として残るのはいうまでもないであろう。

注

- (1) 山下末人「失権約款」末川博編・民事法学辞典上巻（有斐閣・1960年）761頁。
- (2) 山下・前掲 761頁。
- (3) 最判平成 24・3・16 民集 66 巻 5 号 2216 頁。
- (4) 末川博・契約総論（弘文堂・1932 年）191 頁。
- (5) 末川・前掲書 191 頁。
- (6) 山下・前掲 761 頁。
- (7) 近江幸治・民法総則〔第 5 版〕（成文堂・2005 年）78 頁、同旨、石田穰・民法総則（悠々社・1992 年）75 頁。
- (8) 山下・前掲 761 頁。

（ハ）約定解除による契約の終わり方の規律

i 約定解除による契約の終わり方の規律構造

我妻は「約定解除とは、契約によって、一方の当事者または双方の当事者が解除

権を留保し、その解除権の行使によって、契約を解除することである。その法律関係は、契約によって解除する場合（解除契約）と異なり、法定解除に酷似する。ただ、解除権の発生原因に特色を有するだけである。但し、解除権を留保する契約において、その解除権の行使方法や効果についても特別の定めをすることもあろう。その場合には、その特約に従うべきことはいうまでもない⁽¹⁾と説明している。このように約定解除については、契約締結時における解除権の留保であって、解除権発生原因が異なるだけで法定解除と同質とみるのが一般的見解である⁽²⁾。このことから、解除の総則規定は、合意解除をのぞく他のすべての解除の場合に適用がある⁽³⁾として、法定解除と同様に約定解除にも適用されるとする。我妻も、約定解除には、特約された事項以外の点では法定解除の規定を適用する⁽⁴⁾が、債務不履行を理由とするものすなわち損害賠償に関するものは除外されるとする⁽⁵⁾。山下も解除の総則規定は約定解除と法定解除に関するものと解している⁽⁶⁾。

しかし、約定解除は、山中によれば、ドイツ民法の制定において、解除条件の制度をやめて、解除の制度を創設し、まず、約定解除について規定し、しかるのちに法定解除を規定して約定解除を準用するとし、とくに債務不履行を事由とする解除は沿革的には、解除条件の約定いわば約定解除権の留保という経緯を辿ってきていると指摘する⁽⁷⁾。これによると、約定解除は、むしろ解除条件付法律行為（契約）から展開された債務不履行を条件とする失権約款に替わるものとして登場してきたことになる。このことからすると、契約の終わり方の規律として、約定解除は法定解除と同質とみてよいかどうか疑問が生ずる。約定解除は契約の終わり方としては、契約締結時の当事者の意思に基づいて契約を終らせるという点では、解除条件付法律行為や失権約款と共通する。そして、それは契約の成立に係わる意思表示自体の自爆的効力に基づくものでない点では解除条件付法律行為（契約）と異なる。契約の成立に係わる意思表示とは別に、解除権留保の意思表示がなされている点では失権約款と共通する。ただ、失権約款では契約締結時に当事者で特約した債務不履行の事実が生ずるだけで契約の効力を失うのに対して、解除権発生後にその行使の意思表示をしなければならない点で異なるものの、契約の終わり方の規律としては基本的には失権約款と同様に構成するのが妥当ではないと思われる。このことからすると、約定解除の場合は約定解除権を行使することによって、失権約款による契約の終わり方と同様に、一旦成立した契約の効力が消滅し、それに伴っ

て契約債権関係も消滅するものとする規律準則によるのが妥当ということになる。

なお、解除一般論として解除によって契約が消滅するとみるかどうかについては議論のあるところである。ドイツ民法第一草案では契約は消滅しないとしていたのを、第二草案では学説に委ねられることになったといわれている⁽⁸⁾。民法（債権関係）改正中間試案でも「とくに定めなくて、学説に委ねる」としている⁽⁹⁾。しかし、約定解除に限っては、その終わり方の規律としては、契約締結時点での「当事者の意思」による点では失権約款と共通するものとして、契約が解消し契約債権関係も消滅するものとして規律するのが妥当と思われる。このことからすると、約定解除は、法定解除について間接効果説や折衷説では契約は消滅しないものと構成しているのとは本質的に異なることになる。また、法定解除を債務不履行が生じたことを理由として契約の拘束力からの解放、離脱による契約の終らせ方の規律であるとみることも異なる。

このようにみえてくると、約定解除には、契約の解除の総則規定は当然には適用されない。ただ、民法 540 条は法定解除権に限らず「契約・により当事者の一方が解除権を有するとき」の解除権の行使に係わって規定していることから、約定解除権の行使については同条が適用されることになるが、その他の規定については類推適用できるかどうかの検討が必要となる⁽¹⁰⁾。

ii 約定解除による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

もともと、法定解除についての直接効果説では、契約は遡及的に消滅すると構成していることから、約定解除による契約の終わり方とは、一見、近似する。このことから、基本的には、契約解除の総則規定は約定解除にも適用、すくなくとも類推適用されてよいと解される余地がある。しかし、約定解除の場合、契約が解消し、それに伴って契約債権関係も消滅する時期について、当然、遡及するといえるかどうか問題である。直接効果説では契約の遡及的消滅は民法 545 条 1 項の解釈として導き出しているわけであるが、約定解除には、この規定が当然に適用されるものではないとすると、直接効果説に立ったとしても法定解除と同様に遡及効があると解することは困難である。このことから、約定解除により契約が解消し契約債権関係が消滅する時期は、原則としては当事者の約定により定まるものと解すべきである。このため当事者の約定の意思解釈によることになるが、例えば、継続的契約に

おける約定解除では約定解除以降において契約を終らせるとするものとして約定されているとみるのが継続的取引システムからみて妥当と思われるから、非遡及と解すべきである。これ対して、一時的契約では、その意思表示において非遡及とする旨が認められない場合は、約定解除では「契約債権関係を発生させる法律要件としての契約は始めから生じていなかったものとする」のが契約成立時における当事者の意思と解すべきではないかと思われる。北村は、エルトマンは「解除権を約定し実際意思表示した者は、例外なく、それによって契約から脱しようとの観念をもつ」のが当事者意思とみているとする⁽¹¹⁾。我妻も、約定解除は、契約以前の状態に復帰する可能性を残そうとする⁽¹²⁾のものであるとみているのも同旨といえる。

なお、約定解除により「契約債権関係を発生させる法律要件としての契約は始めから生じていなかったもの」となった場合には、契約債権関係も契約成立時に遡及して消滅することになる。その後の処理規律は不当利得規律によるべきである。この点では、直接効果説と類似する。しかし、直接効果説では不当利得規律によるとしながら、民法545条1項の原状回復は、その特則として適用されるとしている。約定解除には民法545条1項は当然には適用されないとすると、このような特則によることは妥当でないことになる。ましてや、民法545条について不当利得の特則ではなく原状回復義務を発生させるものとみる間接効果説や折衷説の立場に立つ限りでは、これを約定解除に適用する余地は全くないことになる。

また、約定解除では、契約成立時の当事者の意思により契約債権関係を発生させる法律要件としての契約を解消するとするものであることから、その契約の解消の時期も当事者の意思により非遡及とすることもでき、また不当利得による処理とは異なる合意も、当該契約の性質に違背しない限り許容されるものとして規律する余地がある。

なお、約定解除では損害賠償義務は生じないとするのが支配的見解である⁽¹³⁾。その支配的見解は、民法545条3項の損害賠償は債務不履行に基づく損害賠償と解していることから当然の帰結である。しかし、この損害賠償を債務不履行に基づく損害賠償とみない見解もある。これらは法定解除の効果としての原状回復が行われても残存する損害の賠償とみているようであるが、約定解除にも法定解除と同様に民法545条1項本文が適用され原状回復債権関係が生ずるとの見解に立つときは、約定解除の場合に、このような損害賠償を認めない理由はあるのか疑問であ

る。しかし、私見では、約定解除の契約の終わり方の規律は、不当利得規律によるのが妥当とすることから、原状回復が行われても残存する損害の賠償を観念することはできない。このことから、約定解除の場合は、いかなる損害の賠償義務も生じないとして規律するのが妥当ということになる。

以上みてきたように、約定解除による場合と法定解除による場合とでは契約の終わり方の規律において異なるものとみるのが妥当とすると、実際に、解除について約定されている場合、全て約定解除規律によると解してよいか問題となる。もしこのように解すると、スイス債務法では法定解除を中心として構成され、ドイツ民法でも同様の傾向がみられる。わが国においても実際上は解除に関する約定が多くみられる⁽¹⁴⁾にもかかわらず、債務不履行を事由とする法定解除が実際上大きな作用を営んでいるとみられている⁽¹⁵⁾として、法定解除を中心に議論されているのと齟齬することになりかねない。このことからすると、例えば、解除権の発生事由に係わる約定は債務不履行を事由とする約定とその他の差押、仮処分、会社更生⁽¹⁶⁾、民事再生⁽¹⁷⁾、経営悪化などを事由とする約定、入学式欠席を事由とする約定⁽¹⁸⁾などに分けてみると、後者については契約の解除に関する総則規定では解除権発生事由とはされてないことから約定解除規律によるのが妥当と思われる。前者の債務不履行を事由とする約定が問題となる。債務不履行があれば催告することなく通知のみで解除できるとする約定や、継続的契約で支払を一回でも怠った場合には解除できるとする約定、契約条項の一つにでも違反すれば解除できるとする約定など、その解除権の発生原因を軽減する約定が問題となる。我妻も、これを約定解除と呼ばれることもないではないが、むしろ法定解除として取り扱うのが妥当として⁽¹⁹⁾、法定解除規律に従うべきであるとみている。履行遅滞のあった場合の催告排除特約は原則として有効である⁽²⁰⁾とするのも、法定解除の要件のところで議論されていることからすると、このような解除に係わる特約は約定解除ではなく法定解除規律によることを前提とした上で、民法 541 条を任意法規と解することの結果と推察される。また判例も無催告解除の特約がある場合においても、双務契約の当事者の一方が相手方の債務と同時履行の関係にある自らの反対給付の提供をすることなく相手方の履行遅滞を理由としてした契約解除は無効である⁽²¹⁾とするのも、法定解除規律を前提として、履行遅滞がなければ解除できないとする通説⁽²²⁾によるものと解されよう。また、判例が、家賃の支払を二か

月以上怠った場合は、催告を要せず賃貸借契約を解除することができる旨の特約は、借家法6条の特約に当らず、同条によっては無効を来すものではない⁽²³⁾とするのも、法定解除規律を前提として民法541条を任意法規と解する見解に従った結果とみるべきである。このことから、債務不履行を事由とする解除（いわゆる「債務不履行解除」）が約定され、その要件を緩和する特約が行われている場合であっても、約定解除規律によるべきではなく、法定解除規律によるのが妥当ということになる⁽²⁴⁾。その上で、法定解除権の発生要件に係わる規定（とくに民法541条から民法542条）は任意法規であり要件緩和の約定の認められるものの、民法545条は債務不履行解除の場合の効果規定であることからすると、法定解除特有の効果規定であり、同条は強行規定と解すべきであり、それを変更する約定は無効と解するのが妥当ということになる。

iii 約定解除による契約の終わり方と対第三者

約定解除前に相手方が第三者に物権ないし債権を処分（物権変動と呼ぶ）していた場合、約定解除によって第三者は物権ないし債権を失うことになるか。遡及的約定解除の場合は、わが国の支配的見解は物権行為の無因性を認めていないことから、遡及的に物権は変動しなかったことになる。この結果、第三者は無権利者から物権ないし債権を取得していたことになる。解除者からの返還請求によって第三者は物権ないし債権を失うことになる。そして、民法545条1項ただし書は当然には適用されないとすると、対第三者関係は法定解除と大きくことなることになる。そこで、この民法545条1項ただし書を類推適用することも考えられないわけではないが、我妻は約定解除のように当事者間の契約で留保された解除権によって第三者の権利に影響を及ぼすことを認めるべきではない⁽²⁵⁾とみている。これは約定解除では、当事者間で、その解除の効果が遡及できるものとしても、約定解除の本質から対第三者効を認めるべきではないとするものといえる。

注

(1) 我妻栄・債権各論（上巻）（岩波書店・1954年）210頁。

(2) 近江幸治・民法講義（契約法）（第3版）（成文堂・2006年）74頁、谷口知平＝五十嵐清・新版注釈民法13（有斐閣・2006年）795頁（山下末人）、石田穰・民法V（青林書院新社・1982年）75頁など。

(3) 山中康雄「解除の効果」総合判例研究叢書・民法10（有斐閣・1961年）140頁。

- (4) 我妻・前掲書（各論・上）146 頁。
- (5) 我妻・前掲書（各論・上）210 頁。
- (6) 谷口＝五十嵐編・前掲書 793 頁（山下）。
- (7) 山中・前掲（総合判例叢書）145 頁。
- (8) 山中・前掲（総合判例叢書）146 頁。
- (9) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013 年）139 頁。
- (10) 例えば、解除権行使の方法規定である民法 544 条や、催告による解除権の消滅規定である民法 547 条などは類推適用を認めても約定解除の規律と齟齬することはないであろう。また、民法 541 条から 543 条は債務不履行があった場合の解除権発生のための規定であることから、約定解除には適用されないことは明らかである。なお、約定解除では不当利得における同時履行規律に従うのが妥当とすると、民法 546 条のような特別の規定を必要としない。民法 547 条と民法 548 条については、その適用ないし類推適用を認めることが約定解除と齟齬しないかの検討の余地があるが、ここでは留保しておきたい。このようにみて来ると、約定解除への契約の解除についての総則規定で最も問題になるのは解除の効果を規定する民法 545 条ということになる。
- (11) 北村実「ドイツにおける契約解除効果論の展開—BGB 制定の前後から—」龍谷法学 9 巻 1 号 71 頁。
- (12) 我妻・前掲書（各論・上）145 頁。
- (13) 我妻・前掲書（各論・上）12 頁、近江・前掲書（契約法）109 頁など。
- (14) 椿久美子「約定解除と契約の終了」法律行為研究会報告（2014・4・12）レジュメ参照。
- (15) 我妻・前掲書（各論・上）132 頁。
- (16) 判例は、買主たる株式会社に更生手続開始の申立の原因となるべき事実が生じたことを売買契約解除の事由とする旨の特約は、債権者、株主その他の利害関係人の利害を調整しつつ窮境にある株式会社の事業の維持更生を図ろうとする会社更生手続の趣旨、目的（会社更生法 1 条参照）を害するものであるから、その効力を否認しえないものといわなければならない（最判昭和 57・3・30 民集 36 巻 3 号 484 頁）としているのも約定解除規律を前提としたものといえよう。
- (17) もっとも、判例は、いわゆるフルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約中の民事再生手続開始の申立てがあったことを解除事由とする部分は、民事再生手続の趣旨、目的に反するものとして無効と解するのが相当である（最判平成 20・12・16 民集 62 巻 10 号 2561 頁）としているのも、約定解除の特約としての有効性を否定するものといえよう。
- (18) 判例は、入学手続要項等に、入学式の無断欠席を入学辞退とみなすあるいはその場合に入学を取り消す旨の記載がある大学で、合格者が当該大学と在学契約を締結したうえで当該合格者が入学式を無断欠席することは、特段の事情がないかぎり、在学契約解除の黙示の意思表示に当たる（最判平成 18・11・27 民集 60 巻 9 号 3657 頁）とするのも約定解除とみるものであろう。
- (19) 我妻・前掲書（各論・上）211 頁。
- (20) 近江幸治・民法講義Ⅴ（契約法）（成文堂・2006 年）83 頁。
- (21) 最判昭和 51・12・2 判例時報 2852 号 84 頁。
- (22) 近江・前掲書（契約法）83 頁、我妻・前掲書（各論・上）167 頁。
- (23) 最判昭和 35・11・8 最高裁判所裁判集民事 69 号 133 頁。
- (24) 山中も、債務不履行上の関係においてあらわれるのが民法 540 条以下の解除規定である

としている（山中康雄「解除論（二）」法学志林48巻3号47頁。
(25) 我妻・前掲書（各論・上）212頁。

（二）買戻し特約による契約の終わり方の規律

不動産売買に際しての買戻し特約について、再売買の予約と構成できないわけではないが、民法は、最初の売買契約が解消し、その効果として目的物が買主の手元に戻すための解除権の留保という法律的手段であると定めている（579条1項）。

このような買戻しについては、フランス民法（1659条～1673条）や、ドイツ民法も売買の章中に規定するが、いずれも債権担保の目的に奉仕せしめるための規定とみられているようである⁽¹⁾。わが国においても、買戻しは解除権の留保という作用は今日の経済事情には適さないものとなり⁽²⁾、その経済的作用は、専ら、不動産の担保にあるといわれている⁽³⁾。そして、それは、当初は売渡担保とされていたが譲渡担保へと一元化⁽⁴⁾されてきた。判例も、買戻し特約付売買の形式をとる契約であっても、目的不動産の占有の移転を伴わない場合には、特段の事情のない限り、債権担保の目的で締結されたものと推認されるから、その契約の性質は譲渡担保と解するのが相当である⁽⁵⁾とする。買戻しが、このようなものとして作用する場合は、契約の終わり方の規律とは無縁ということになる。

ただ、今日では、不動産の売買において不動産利用に関する契約条項が履行されない場合等に備えて買戻し特約付売買契約の行われることがまみられる（新住宅市街33条など）。広中は、この特別法による買戻しは担保機能とは別の機能（非担保的機能）を営むものであるとみる⁽⁶⁾。また、買戻しの機能として、担保的機能の他に、椿によれば⁽⁷⁾、「先買権的機能」⁽⁸⁾、「履行確保機能」⁽⁹⁾のあることが指摘されている。また、椿は、ドイツではエルマン、パーランドなどは「目的拘束の保全」機能を指摘すると紹介している⁽¹⁰⁾。民法（債権関係）改正においても、担保以外の目的で買戻しが用いられる場合を念頭に、実務上も買戻し制度を用いやすくするための改正が必要であると提案されている⁽¹¹⁾。民法（債権関係）の改正に当って、このような真正買戻しを維持する必要があるかどうかについては検討の余地があると思われる⁽¹²⁾。ただ、もしこれを維持するとした場合、契約の終わり方の一つの方法として規定している現行制度を維持するということになる。

ところで、このような真正買戻しは、契約の終わり方の規律としては契約成立時

における当事者の意思により解除権を留保するものであるとみていることから、約定解除の一類型とみられている⁽¹³⁾。このことからすると、契約の終わり方の規律としては、基本的には約定解除規律に従うことになる。これまでの通説のように約定解除も法定解除と同様に契約の解除に関する総則規定が適用されるとみると、買戻し特約に基づく解除の場合も同様ということになる。そうだとすると、買戻しに関する民法 579 条から 585 条の規定と契約の解除に関する総則規定とはどのような関係にあるとみるのが問題となる。とくに、買戻し特約に基づく解除について契約解除の効果に関する規定（民法 545 条）が適用されるということになるのかどうか問題となる。また、買戻し特約に基づく解除の要件として「買主が支払った代金及び契約の費用を返還」するとの要件をどのように位置づけるかが問題となる。このことに関しては、民法 579 条前文は強行法規か否かの問題として議論されてきた。上河内が買戻し規定の強行法規性につき詳細に検討しているが⁽¹⁴⁾、それによると、立法者は買戻しの性質は解除権の行使であるということを根拠に、規定以外の返還範囲を一切認めない「命令規定」（強行法規）と解してきたとされている⁽¹⁵⁾。立法者も「代金及び費用と違うものを返還するということは、買戻しが売買契約の解除であるという性質に反することになる」⁽¹⁶⁾とする。判例も、売主の利益の保護や利息制限法の潜脱にも注目するものの、買戻し時の時価を基準として協議の上決める特約は、「売買ノ当事者ヲ売買以前ノ原状に復セシメルモノデハナク原状回復ヲ目的トスル買戻権（解除権）ノ性質ト相入レナイ」⁽¹⁷⁾とする。また、判例が、売主が代金のみを返還して買い戻すことができる旨の特約に基づく解除は有効とした⁽¹⁸⁾ ことについて、民法 583 条は強行法規ではないことに求めるのは妥当ではなく 583 条所定以上に重くすることを禁ずる趣旨で、その負担を軽くする特約は妨げないと解すべきであるとみる⁽¹⁹⁾。最高裁も傍論であり、その理由は明らかにはしていないが、真正な買戻特約付売買契約においては、買戻しの代金は、買主の支払った代金及び契約の費用を超えることが許されない（民法 579 条前段⁽²⁰⁾）とする。この他、池田は、買主と第三者の保護の立場から強行法規とみるのが妥当とする⁽²¹⁾。このような議論にあって、その強行法規性の根拠を売主の保護や買主の保護や第三者の保護あるいは利息制限法の潜脱に求める見解は、一つの見解として成り立たないわけではない。しかし、立法者や初期の判例のように買戻し特約に基づく解除権の性質と相容れないとする根拠づけが成り立つものか

どうか疑問である。とくに、約定解除は法定解除と異なり契約の解除に関する総則規定の適用を受けるものではなく、基本的には約定解除の要件もその効果なども、契約成立時における当事者の約定により決まるものと解する立場からすると「解除権の性質と相容れない」というだけでは強行法規性を根拠づけることができない。とくに、民法（債権関係）改正では、買戻しに関する民法579条から585条までの規律を基本的に維持するとした上で、売主が返還しなければならない金銭の範囲を強行法的に固定する実益は乏しく合理性もなく、柔軟な取扱を認める実務的要請がある⁽²²⁾として、「民法第579条の規律に付け加えて、買主が返還すべき金額について当事者に別段の合意がある場合には、それに従うものとする。」（改正条文案579条）として、買戻しの代金は当事者の約定により決めることができると提案している。しかし、かかる提案は、立法者や判例のように買主の支払った代金及び契約の費用を超えることは「解除権の性質と相容れない」とみるのでは、それが許容される余地はない。買戻し特約による解除は、契約の終わり方の規律として、私恩のような約定解除規律によることを前提してはじめて可能ということになろう。

ところで、買戻し特約による解除を約定解除規律によって規律するとき、約定解除では第三者効がないとする原則との関係が問題になる。このことから民法581条で、買戻しの特約を登記した場合には第三者にもその効力が生ずるとしている。民法（債権関係）改正でも「売買契約と同時に」の文言を削り、売買契約の後でも登記した場合には第三者効が生ずるとしていたが、（要綱仮案第35、15(2)）、その後、売買契約と同時に登記した場合に限り、第三者に対抗できる（改正条文案580条1項）と改めて、現行規定を維持している。これは買戻し特約による解除は約定解除ではあるが、対第三者との関係において、特則規律したものといえる。

注

- (1) 柚木馨＝高木多喜男編・新版注釈民法(4)（有斐閣・1993年）437頁（田中克志）。
- (2) 我妻栄・債権各論（上巻）（岩波書店・1954年）327頁。
- (3) 我妻栄・債権各論（中巻一）（岩波書店・1957年）325頁、柚木＝高木編・前掲書430頁（田中）。
- (4) 柚木＝高木編・前掲書433頁（田中）。
- (5) 最判平成18・2・7民集60巻2号480頁。
- (6) 広中俊雄・債権各論講義6版（有斐閣・1995年）88頁、89頁。
- (7) 椿寿夫「民法改正に関する若干の検討と論評—買戻し規定の存置と連帯債務の新設に対して」法律時報86巻6号96頁以下参照。

- (8) 来栖三郎・契約法（有斐閣・1974 年）11 頁、近江幸治・民法講義Ⅴ（契約法）（成文堂・2006 年）156 頁、157 頁参照。
- (9) 山本敬三・民法講義Ⅳ—1（有斐閣・2005 年）327 頁、潮見佳男・契約各論 1（信山社・2002 年）257 頁。
- (10) 椿・前掲 97 頁。
- (11) 民法（債権関係）部会資料 75A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(9) 32 頁。
- (12) 椿は、買戻しの担保的機能が減退した現今、非担保機能に即した買戻し規定の修正が考えられてよいとしながら、民法（債権関係）での改正提案に対しては、一般的な実用度の低さからして、特別法における政策的機能の買戻しの原点として基礎法典である民法に何か条かを今後にわたって割くべきかは疑問になるとされている（椿・前掲 98 頁、99 頁）。
- (13) 我妻・前掲書（各論・上）129 頁。
- (14) 上河内千香子「買戻しの機能と民法 579 条の強行法規性」法律時報 86 巻 4 号 109 頁以下。
- (15) 上河内・前掲 112 頁。
- (16) 法典調査会・民法議事速記録四（商事法務研究会・1984 年）112 頁（岸本・梅発言）。
- (17) 東京控判昭和 17・5・29 評論 31 巻民法 403 頁。
- (18) 大判大正 10・9・21 民録 27 集 539 頁。
- (19) 柚木＝高木編・前掲書 442 頁（田中）。
- (20) 最判平成 18・2・7 民集 60 巻 2 号 480 頁。
- (21) 池田雄二「非典型担保における買戻し(1)」北法 59 巻 5 号 281 頁。
- (22) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務・2013 年）431 頁。

（ホ）解約手付による契約の終わり方の規律

手付は、契約の締結に際し授受される金銭その他の有価物で内金と区別されるものとされている。このような手付には、証約手付や違約手付などもあるが、民法は、わが国古来の慣習を考慮し、解約手付と推定している（民法 557 条 1 項）。また、宅地建物取引業法では、宅地建物取引業者による 20 % を超える手付収受を禁止（同法 39 条 1 項）し、手付の名目如何にかかわらず解約手付とみなす旨を規定する（同法 39 条 2 項）。このような解約手付は当事者の一方が履行に着手するまでは、授与者はこれを放棄し、受領者はその倍額を償還して、任意に契約を解除できるとするものである。このような解約手付の作用について、山中は、解約手付で解除権を留保しておくということも反対給付債務を免れるために必要とされることであり、有償契約に特有のものとみる⁽¹⁾。しかし、解約手付さえ授受しておけば任意に契約を解除しうるから、契約の拘束力を弱めるものとみるのが一般である⁽²⁾。内田は、民法は売買契約について完全な諾成主義を採用しているため、履

行着手前における契約の拘束力はまだ確定的でないから、解約手付は、不動産のような重要な財産の所有権を移転する取引における一般的な契約意識の反映とみている⁽³⁾。このことから、契約遵守の原理に対立するとして、その位置づけには消極的な見解もみられる⁽⁴⁾。これに対して、浜上は、「手付金は、買主が解除権を行使しないときは売買代金の支払に計算されるという合意によって、手付は、買主による解除権の行使を、法的ではないが、事実的に制約するものと考えられる。売主も手付契約によって契約形成権（解除権）を取得する。しかし、その対価の支払義務は契約形成権の行使を要件としている。したがって売主も契約形成権（解除権）を行使しようと思えば、対価の支払を法的に強制されるから、契約形成権の行使は、したがって事実的には、強められる。解約手付は法的には契約の効力を弱める制度であるが、しかし事実的には、強めるものなのである」⁽⁵⁾とし、我妻は「理論的には契約の効力を弱くするといえるであろうが、実際には、却ってその履行をある程度確保する作用をする」⁽⁶⁾として、契約の拘束力を弱めることのみ注目することは妥当でない指摘する。確かに、解約手付により契約の拘束力を弱めることになることは否定できない。しかし、解約手付は、このような契約の拘束力を弱める目的で授受されているものなのか疑問である。また、契約形成を事実的に強めるために、あるいは有償契約において反対給付を免れる目的であるとみることにしても疑問である。我妻がいうように、解約手付は、契約が履行される前に再考する機会を残しておくため⁽⁷⁾とみるのが素直ではないだろうか。もっとも、加賀山は、解約手付制度は「当事者が契約成立後もいわゆる無理由解除権を留保することによって、契約交渉のイニシアチブをとり続けるための強力な手段」で、手付金はそのための対価と位置づけている⁽⁸⁾。これに対して、大垣は、加賀山の提示は新たな視点として高く評価できるとしながら、解約手付を手付解約権の対価すなわちオプション料（プレミアム）と位置づけることには違和感を感じると指摘する⁽⁹⁾。そこで大垣は、「当事者は目的物の価格が約定価格±手付額の範囲で変動する場合には、お互いに価格変動のリスクを負担するが、この範囲を超えた場合にはお互いの契約を履行せずに解約するという合意していることになる。・・・手付の金額は契約時から履行時までの期間における目的物の市場価格の値動きの上限・下限について当事者が合意した期待額を表す」とみている⁽¹⁰⁾。たしかに、加賀山がいうようにオプション料（プレミアム）を払って契約交渉のイニシアチブ

をとり続けるためとまでいえるかどうかは疑問である。契約を成立させる当事者が契約成立を再考しようとする意図はさまざまであるといえるが、経済的合理性からみた当事者の意図としては、大垣が指摘するように、不動産のように契約成立から履行までの期間が長期間に及ぶ高価な目的物の売買では、買主は契約成立から履行までの間に目的物価格が「約定価格－手付金額」を下回ることがあった場合に、売主は目的物価格が「約定価格＋手付金額」を上回るようになった場合には契約成立を再考するために、解約手付が用いられているとみるのが妥当といえる。このことから、解約手付による契約の終わり方の規律としては、その作用、すなわち「契約成立の再考」に適合するように組み立てるのが妥当ということになる。

解約手付の規律構造としては、フランス民法では解除条件付売買とされているようである⁽¹¹⁾。しかし、解約手付では手付放棄ないし手付倍戻を解除条件として契約を終らせるものではない。手付放棄ないし手付倍戻により解除権が発生し、この解除権の行使によって契約を終らせるので、約定解除と本質的に異なるところはない。もっとも、判例は、手付授与者が契約を解除するには手付を放棄する旨の意思表示をする必要はなく、契約解除の意思表示をするだけでよいとしている⁽¹²⁾。のは、契約解除の意思表示のなかに手付放棄の意思がふくまれるとみていることの結果である。手付受領者が契約を解除するには、単に契約解除の意思表示をしただけでは効力がなく、手付倍額の提供をして契約解除の意思表示をしなければならないとしている⁽¹³⁾。のは、契約解除の意思表示前に解除権を発生させるために手付倍額の提供を必要とするものである。これらは、約定解除としての本質と齟齬するものではない。また、解除条件は将来的に契約の効力を終らせることからすると、契約の成立を再考し契約成立自体を否定したいとする目的とは齟齬することとなる。さらに、拘束力を弱めるのが結果であって目的ではないとすると、解約手付を契約の拘束力を失わせるものとして規律するのは妥当ではない。なお、解約手付は有償契約における対価的交換関係を確保するものではないとすると、その規律構造において、そのことに注目する法定解除における契約債権関係変換説のような規律も適切ではないことになる。以上からすると、解約手付の規律としては、約定解除と同様に、その効力は原則として当事者間の合意によるものではあるが、原則としては契約自体を契約成立の時点に遡及して解消するものとして規律するのが妥当ということになる。

ところで、解約手付は約定解除と本質的には同じであるとする、わが国では、一般的に約定解除と法定解除を区別していないことから、解約手付についても同様ということになるのが問題となる。民法557条2項は、民法545条3項は解約手付には適用しないとしている。このことについて、吉田は、起草者は、解約手付は解約機能と賠償機能の双方を兼ねているものであることを明確に意識し、民法545条全文の適用を排除するつもりであったと指摘している⁽¹⁴⁾。そして、解約手付は不履行者自らに解除権が与えられ、その代償としての損害賠償についても不履行者の故意過失の有無を問わず手付額の限度にとどめるもので、近代民事責任の制度を全く排除しているとみる⁽¹⁵⁾。これは、解約手付は、法定解除の効果とは同質のものではなく、契約の解除に伴う不履行者の責任を近代的民事責任によらないものとするための制度でもあることを定めたものとみているものと思われる。これに対して、我妻は、単なる注意的規定にすぎないとみる⁽¹⁶⁾。これは、起草者が、解約手付にも法定解除と同様に契約解除の総則規定は適用されとの立場に立ちながら、民法545条3項の損害賠償が債務不履行に基づく損害賠償であるとする、債務不履行を事由としない解約手付には適用されないのは当然であり、本来ならば規定をも必要とするものではないところ、注意的に民法545条3項のみの適用を排除したものとの理解によるものと思われる。このことは、法定解除における間接効果説、折衷説ないし契約債権関係変換説に立ち、民法545条3項の損害賠償を債務不履行に基づく損害賠償とみる立場でも同様ということになる。また、民法545条3項の損害賠償を信頼利益であるとか、原状回復によっても残存する損害と解する見解⁽¹⁷⁾に立つときは、解約手付への適用を排除するための特則といわざるを得ない。いずれにしても、これらの見解は、解約手付では契約の解除に伴っての相手方の損害は手付金額を限度とするものであり、それ以下でも、それ以上でもないとし、民法557条2項の規定は、そのことを明らかにしたものとするものと推察される。しかし、解約手付を「契約成立の再考」のためであるとみるときは、このような相手方の損害の賠償を手付金額を限度とするものとみて規律することは妥当ではない。契約の成立を再考するための代償として規律するのが妥当といえる。このことから、起草者の意図はともかく、解約手付を「契約成立の再考」のための制度として規律するには、解約手付により契約が終わる場合は、民法557条2項はいかなる意味においても損害賠償の請求は認めない旨を定めたものと

みるのが妥当ということになる。

解約手付により契約を終らせる場合、当事者間の法律関係は、どうなるか。解約手付では、未履行であることを前提としていることから既履行債務についての処理は、原則として考えなくてもよい場合が多い。しかし、解約者は自ら履行をしている場合でも相手方が未履行の場合は解約手付により契約を終らせることかできると解するのが通説である。この場合の既履行債務は民法 545 条 1 項の原状回復によることになり、第三者との関係ではただし書の制限を受けることになるのだろうか。また未履行債務について間接効果説のように将来的に消滅するとみたり、折衷説のように抗弁権が発生するとみたり、債権関係変換説のように既履行債務に変換するとみるなど、法定解除での議論で規律することが妥当といえるだろうか。もっとも、直接効果説では遡及的に消滅するということになるわけであるが、法定解除の場合と同質とみてよいだろうか。解約手付は、契約締結時における「当事者の意思」により、契約の成立を再考し、契約を終らせるというものであるとすると、契約締結時の当事者の意思により契約が終わるとする約定解除の場合と同様に、契約ははじめから存在していなかったものとなり、契約債権関係もはじめから存在していなかったものとして規律するのが妥当といえる。このことから、既履行債務は約定解除と同様に不当利得として規律し、未履行債務ははじめから存在していなかったものとして規律するのが妥当といえる。このようにみてくると、解約手付による契約の終わり方としては、手付流し・手付倍戻しの代償を伴う「契約の消滅、解消型」として規律するのが妥当ということになる。

ところで、民法（債権関係）改正素案では、履行に着手したのが手付解除をする本人であるときは手付解除を否定されないとする判例法理⁽¹⁸⁾を明文化すると共に、売主のなすべき提供につき、判例⁽¹⁹⁾と同様に、償還を「現実の提供」に改める他は、基本的には民法 577 条 1 項を維持するものとしていた⁽²⁰⁾。その後の、民法（債権関係）改正要綱原案（第 30・1）では、民法 557 条 1 項の文言を「売主はその倍額を現実に提供して」と、ただし書で「その相手方が、契約の履行に着手した後は、この限りでない」（改正条文 557 条 1 項）としている。このことからすると、民法（債権関係）の改正後も、解約手付による契約の終わり方の規律としては、約定解除と同質のものとして規律するものとみるのが妥当である。

注

- (1) 山中康雄「双務契約・片務契約と有償契約・無償契約」契約法大系Ⅰ（有斐閣・1967年）166頁。
- (2) 相原東孝「手付と内金」契約法大系Ⅱ（有斐閣・1967年）62頁、柚木馨＝高木多喜男編・新版注釈民法④（有斐閣・1993年）174頁（柚木＝高木）。
- (3) 内田貴・民法Ⅱ（第3版）（東京大学出版会・2011年）117頁。
- (4) 吉田豊「手付」星野英一ほか編・民法講座5契約（有斐閣・1985年）155頁、吉田豊「近代民事責任の原理と解約手付制度との矛盾をめぐって」新報72巻1～3号1頁、来栖三郎＝太田知行「手付」総合判例研究叢書⑦（有斐閣・1970年）101頁。
- (5) 浜上則雄「契約形成権授与契約」ジュリスト389号86頁。
- (6) 我妻栄・債権各論（中巻一）（岩波書店・1957年）261頁。
- (7) 我妻栄・債権各論（上巻）（岩波書店・1954年）145頁。
- (8) 加賀山茂「手付の法的性質—申込の誘引、予約と手付との関係」磯村保他編「民法学の課題と展望」石田喜久夫先生古稀記念（成文堂・2000年）565頁。
- (9) 大垣尚司「解約手付のオプション戦略」立命館法学351号52頁。
- (10) 大垣・前掲59頁。
- (11) 柚木＝高木編・前掲書170頁（柚木＝高木）。
- (12) 大判大正3・12・8民録20輯1058頁。
- (13) 前掲、大判大正3・12・8。
- (14) 吉田・前掲162頁。
- (15) 吉田・前掲178頁。
- (16) 我妻・前掲書（債権各論・中巻）212頁。
- (17) 石坂音四郎・日本民法第三編債権第六卷（有斐閣書房・1916年）2336頁、石田文次郎・財産法に於ける動的理論（巖松堂・1940年）553頁など。
- (18) 最判昭和40・11・24民集19巻8号2019頁。
- (19) 最判平成6・3・22民集48巻3号859頁。
- (20) 民法（債権関係）部会資料75A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(9)6頁、7頁。

5 契約成立後の合意（解除契約）による契約の終わり方の規律

解除契約（合意解除）は、契約の成立後に、両当事者の合意で、契約を解消させる場合とされている。我妻は既存の契約を解消して契約がなかったと同一の状態をつくろうとする契約⁽¹⁾とみる。判例は、当事者が有効に合意解除できるのは当然とみる⁽²⁾。契約自由の原則に立つてみると、契約で契約を解消させることも自由で、当然、許容されるものということになる。このような解除契約（合意解除）の効果については、合意の趣旨によって決定され⁽³⁾、通説は民法の解除に関する通則の適用はない⁽⁴⁾とする。判例も、民法545条2項は適用されない⁽⁵⁾とする。

ただ、通説は、契約関係が遡及的に消滅し、法定解除における直接効果説と同じであるとする。そして、判例は、変動した物権は当然元に戻す⁽⁶⁾とする。近江は、法定解除とは異なり、給付不当利得で処理するとしている⁽⁷⁾。判例も、不当利得の一般規定が適用される⁽⁸⁾とする。すなわち、民法 545 条 1 項本文の適用を排除するものである。これに対して、石田（穰）は、契約関係の解消・清算する手段として共通することから、法定解除に関する規定を類推適用すべきである⁽⁹⁾とする。そして、第三者の権利を害することはできないのは、民法 545 条 1 項ただし書と同じ⁽¹⁰⁾とし、近江も対第三者関係については民法 545 条 1 項ただし書を類推するとしている⁽¹¹⁾。

なお、我妻は、契約関係を解消させること自体を内容とする約定解除とは異なる⁽¹²⁾とみる。これは、解除契約（合意解除）は契約を解消させるのに対して、約定解除は契約の解消を内容とするものではなく、契約債権関係のみを解消させるものとみていることからの帰結であろうか。

以上からすると、解除契約（合意解除）による契約の終わり方の規律としては、通説、判例は、法定解除による場合とは異なるものとみているようである。これに対して、石田は、法定解除の規定の類推適用を認める。その根拠として、契約関係の解消・清算する手段としての共通性に求める。契約の終わり方の規律を、このような「契約関係の解消・清算」の問題として一括して捉えることができるのかどうかである。仮に、現象的には、「契約関係の解消・清算」の問題として捉えることができるとしても、契約の終わり方の「目的」に対応して、その解消、清算を規律するのであれば適性規律とはいえないのではないと思われる。また、対第三者関係については民法 545 条 1 項ただし書の類推適用をすべきであるとする見解もみられる⁽¹³⁾。しかし、解除契約（合意解除）の効果は合意の趣旨により決まるものの、通常は、契約を遡及的に解消する合意を有するものと解されるとしても、このような合意の効果は第三者には及ばないと解するだけで十分である。民法 545 条 1 項ただし書は、法定解除の場合の規律として、契約の終わり方の規律として対価的交換関係を維持するのが妥当とすることから遡及効が認められ、その結果として物権行為の無因性を認めないわが国では、物権も遡及的に復活するし、第三者の権利を害することになるのを保護するための規定である。法定解除とは異なる解除契約（合意解除）による契約の終わり方の規律として類推適用するのは誤規律とい

うことになりかねない。

なお、従来の見解では、解除契約（合意解除）による契約の終わり方の規律は約定解除とは異なるとするものの、それ以上の規律構造については明確にされていない。たしかに、解除契約（合意解除）では契約の効果として直ちに契約が解消するのに対して、約定解除では当事者の合意は解除権の留保についてであり、契約を解消させる解除権の行使については合意を必要としない点では異なる。しかし、これは、契約を解消する方式の問題にすぎない。解除条件付契約では解除条件の成就により契約が解消するのに対して、約定解除では約定により解除権が発生し、この解除権の行使により契約が解消する点で異なるものの、契約の終わり方としては、基本的には契約締結時の当事者の合意によって契約を遡及的に解消するという点では同質であるとして規律するのが妥当と指摘したことからすると、解除契約（合意解除）も約定解除とは同質として規律するのが妥当ではないかと思われる。約定解除は契約締結時であるのに対して解除契約（合意解除）は契約締結後である点は異なるものの、当事者の合意により遡及的に契約を解消する点では本質的に異なるところはない。このことから、約定解除と同様に、解除契約（合意解除）についても契約が存在していなかったものとして遡及的に解消し、それに伴って契約債権関係が遡及的に存在していなかったものとして規律するのが妥当と思われる。このことから、契約債権関係については、未履行債務は存在していなかったことになり、既履行債務は通説、判例⁽¹⁴⁾と同様に、一般的な不当利得規律によることになる。変動した物権は当然元に戻す⁽¹⁵⁾が、それは契約の効果としての遡及的解消の結果であることから、当事者間に限られ、第三者との関係では物権の当然復帰を主張できない。

注

- (1) 我妻栄・債権各論（上巻）（岩波書店・1954年）213頁。
- (2) 大判明治45・5・29民録18輯539頁。
- (3) 石田穰・民法Ⅴ（契約法）（青林書院新社・1982年）105頁。
- (4) 我妻・前掲書215頁。
- (5) 大判大正8・9・15民集25輯1633頁。
- (6) 大判大正6・6・16民録23輯1147頁。
- (7) 近江幸治・民法講義（契約法）（第3版）（成文堂・2006年）110頁。
- (8) 最判昭和32・12・24民集11巻2322頁。
- (9) 石田（穰）・前掲書105頁。

- (10) 石田（穰）・前掲書 106 頁。
- (11) 近江・前掲書 110 頁。
- (12) 我妻・前掲書 145 頁。
- (13) 石田（穰）・前掲書 106 頁、近江・前掲書 110 頁。
- (14) 前掲、最判昭和 32・12・24。
- (15) 前掲、大判大正 6・6・16。

6 事情変更による契約の終わり方の規律

i 事情変更による契約の終わり方の規律構造

契約成立後、当該契約により発生した契約債権関係の履行の完了以前に、当該契約の前提になっている事情が著しく変更した場合に、当該契約を終らせることができるかどうかについては、民法には一般規定はみられない⁽¹⁾。しかし、学説では、大正末期にドイツ法の影響を受けて事情変更の法理を承認し⁽²⁾、その効果の一つとして契約の解消を認めるに至っている⁽³⁾。これは勝本見解に由来して、通説は事情変更の法理の効果として契約の解除を認めている⁽⁴⁾。判例では、事情の変更を事由とする解除の可否が争われた事例は多くみられる。ただ、上級審についてみると、事情変更の法理は認めるものの、解除を認めることについては消極的である⁽⁵⁾。そのなかで、大審院昭和 19 年判決は、土地の売買契約の締結後に価格統制令が施行された事案で、「契約所定ノ代金額ヲ以テシテハ所定ノ履行期ニ契約ノ履行ヲ為スコト能ハズ其ノ後相当長期ニ互リ之ガ履行ヲ延期セザルヲ得ザルニ至リ・・・、当事者尚此ノ長期ニ互ル不安定ナル契約ノ拘束ヨリ免ルルコトヲ得ズト解スルガ如キハ信義ノ原則ニ反スル」として、「契約ヲ解除シ得ルモノト解スルヲ相当トス」とした⁽⁶⁾。五十嵐は、この判決が事情変更による契約解除を認めたリーディング・ケースと評している⁽⁷⁾。このことによって、判例理論としても、通説と同様に、理論的には、事情変更を事由とする契約の解除は肯認しているといえることができる。民法（債権関係）の改正でも、中間試案第 32 では、事情変更の要件を満たしたときは、「契約の解除／契約の解除又は契約の改訂の請求」をすることができるものとするかどうかについて、引き続き検討する⁽⁸⁾とし、素案では「事情変更の法理の効果として明文化を図るのは解除に限定することとして検討を

進めるのが適切であると考えられるが、どうか」と提案し⁽⁹⁾、民法（債権関係）部会第2ステージの審議では、契約の改訂については、主に実務家メンバーから、裁判所の積極的な介入が契約自由の原則と抵触するおそれがあるなどとして反対する意見が多く示されたが、当事者が契約の解除権（または自己の債務の履行拒絶権）を有する旨を規定することについてはおおむね異論がなかったとされている⁽¹⁰⁾。そこで、事情変更の法理の明文化についての整理として、その効果を解除に限定することとしつつ、著しい事情の変更があった場合に特別に生ずる解除権として位置づけることを提案する⁽¹¹⁾。その後、民法（債権関係）の改正要綱仮案では取り上げないこととされ、解釈に委ねられたが、解釈論としては従来通り事情変更を事由とする契約の解除が認められる可能性は十分にあるものとおもわれる。

ところで、このような事情変更を事由とする契約の解除は、契約の拘束力との関係で捉え、その契約の拘束力からの離脱といった形で議論されてきている。中村は、事情変更の原則をカノン法における裸の合意に拘束力を認める思想との関係⁽¹²⁾やグロチウスの約束の拘束力との間の緊張関係⁽¹³⁾から生れてきたものと分析している。わが国でも、勝本は、契約厳守の原則を適度に緩和すべき規範であるとみている⁽¹⁴⁾。そして、このような事情変更を事由として契約の拘束力からの離脱が認められる根拠としては、一部には黙示的条件構成によって当事者の意思に求める見解もみられるものの⁽¹⁵⁾、信義衡平の観念によるものとみるのが一般的である⁽¹⁶⁾。このことから、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律としては、解除条件のような当事者の意思によるものではなく、契約成立後に債務不履行が生じた場合に、それを事由として契約の拘束力からの解放、離脱を法定している法定解除と近似する。しかし、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方は、契約の拘束力からの解放、離脱を認めるものではあるが、法定解除のように双務契約成立後に、一方当事者に債務不履行が生じたことによって、対価的均衡関係の損なわれるのを是正するために契約の拘束力からの解放、離脱を認める場合とは異なる。著しい事情変更が生じたことによって契約の拘束力を維持すること自体が正義衡平に反することによるものである。この意味では、債務不履行を事由としての契約の終わり方の規律、すなわち法定解除規律とは、基本的に異なるものである。民法（債権関係）の改正素案では、「特別に生ずる解除権」なり、「あくまでも特殊な解除権」であることを強調している⁽¹⁷⁾。その趣旨は明らかではない

が、債務不履行により発生するのとは異なり著しい事情変更により発生する解除権であるという点で特別ないし特殊であるというだけではなく、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律構造として法定解除規律とは異なる特別ないし特殊であると解しているものとする、それは妥当な指摘である。このことから、法定解除規律と比較しながら、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律構造が解明されなければならないことになる。

著しい事情変更を事由として契約を終らせるのを最も必要とする場合としては、契約成立後、履行の完了までが長期にわたる、いわゆる長期契約においてである。従来の裁判例では、不動産の売買契約の成立後の事情の変更を事由として解除の可否が争われた事案がほとんどで、このような一時的契約についても契約成立後から履行完了まで長期に及ぶ（以下、一時的長期契約と呼ぶ）事案をも想定できないわけではないが、賃貸借、委任、請負、雇用などの継続的契約や、継続的供給契約、フランチャイズ契約や継続的斡旋契約などのように給付期間が長期に及ぶ契約関係（以下、継続的長期契約と呼ぶ）を中心⁽¹⁸⁾として、事情変更を事由とする契約の終らせ方を規律することが重要である。我妻は、事情変更を事由とする解除は一般的には遡及効が生じ、法定解除の効果と異ならないとしている⁽¹⁹⁾。また、事情変更を事由とする解除を認める通説や判例においては、その場合の解除の規律構造については、ほとんど言及していない。恐らくは我妻と同様に、法定解除と異ならないものであることを当然としているものと推察される。また民法（債権関係）改正素案では、「当事者は、当該契約の解除をすることができる」とする⁽²⁰⁾が、ここでは「当該契約の解除」について効果内容については何ら定めていない。そこで、この「当該契約の解除」が、契約の解除の効果については、現在の民法 545 条 1 項から 3 項までの規律を維持する⁽²¹⁾として改正することを提案されている法定解除の規定の適用を受けるものであるとすると、従来の通説、判例と異ならないことになる。そうだとすると、一時的長期契約の場合はともかくとして、特に継続的長期契約を中心として規律する必要のある著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律として適切な規律であるかの疑問の生ずることは明らかである。そこで、事情変更の原則研究の先駆者であった勝本は、事情変更の原則の第二次的効果の主なるものは解約権であり、稀に解除権を発生させる場合は解除に関する民法の規定に従い、一方的法律行為で効果が未発生なる場合は撤回権が有効に機能を発

揮するとしている⁽²²⁾。比較法的には、ドイツ民法313条3項は契約を解除することができるとした上で、「継続的債権関係については、解約告知権が解除権に代わる」とし、フランス民法改正草案（カタラ草案）1135条の3では「契約を解約する権能が与えられる」として、事情変更を事由として継続的長期契約の終わり方の規律にも配慮している。しかし、これらの見解では、継続的長期契約の場合は特別解約告知規律により、一時的長期契約の場合は法定解除規律によるとするに過ぎない。そこで、著しい事情変更を事由とする継続的長期契約の終わり方についてみると、著しい事情変更を、継続的契約の終わり方の規律における特別解約告知権を発生させる別特事情と同視して特別解約告知規律に従うのが妥当とするものと推察される。しかし、特別解約告知の場合は、継続的契約の性質上、内在する特有の事情の存在を要件として継続的契約自体を解消するための規律であるのに対して、著しい事情変更を事由とする継続的長期契約の終わり方の場合は著しい事情変更という特別事情に起因するものではあるが、それは継続的長期契約にのみ内在するのではなく、契約理論における契約の拘束力に対するアンチテーゼとして想定される事情に注目して、継続的長期契約の拘束力からの解放、離脱として契約を終らせようとするもので、基本的に異なる。さらには、著しい事情変更を事由とする一時的長期契約についてみると、一時的契約を契約成立後の事情、すなわち債務不履行あるいは著しい事情変更を事由として、契約の拘束力からの離脱、解放として契約を終らせる点では共通するものの、法定解除のように、遡及効を認め、現状回復義務まで課すべきであるかどうか疑問である。法定解除では、双務有償契約において、他方の債務不履行を事由として反対給付の拘束力からの離脱、解放を認めるだけでなく、対価的均衡を貫徹するとの見地から現状回復義務をも課するものであることは前述したところであるが、著しい事情変更を理由とする一時的長期契約の終わり方としては、契約の拘束力からの離脱、解放を認めるだけで十分であり、対価的均衡を考慮することを必要としない。このことから、著しい事情変更を事由とする一時的長期契約の終わり方の規律としては、遡及効を認めることも、ましてや現状回復を義務づけることも必要ではないことから、法定解除規律に従うべきではないということになる。

さらに、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律に当たっては、事情変更の法理の特質をも考慮して規律する必要がある。事情変更の法理の効果につい

ては、さまざまな見解がみられるものの⁽²³⁾、これまでの通説は第一次的には契約内容の改訂であり、解除は第二次的であるとし⁽²⁴⁾、近時は再交渉義務を強調する見解も有力である⁽²⁵⁾。このことからすると、著しい事情変更を事由として契約を終らせるのは、単純に長期契約の拘束力から離脱、解放するというだけではなく、契約の拘束力との中の緊張関係において、信義衡平の見地から、契約の拘束力を調整緩和するための一つの手法であるものとしての規律する必要がある。このことから、ユニドロワ国際商事契約原則第 6. 2. 3 条(4)(a)では「裁判所の定める期日および条件により、契約を解消すること」と定め、ヨーロッパ契約法原則 6 : 111 条(3)(a)でも「裁判所の決定する期日および条件で契約を終了すること」と定め、フランス民法改正草案（司法省草案 2009 年版）101 条では「裁判官が定める日時および条件において契約を終了させること」と定めるなど、著しい事情変更を事由とする長期契約の終わり方に当って、裁判所の裁量判断による調整の余地を認める規律となっている。そして、加藤によれば、ユニドロワ国際商事契約原則第 6. 2. 3 条(4)(a)に基づく裁判所の裁量判断についての具体的な規定はないが、信義衡平に基づき、①履行不能の場合と同じく契約を解消（discharge）して、未履行債務から免除し、損害賠償の請求は認めないとか、②前払金あるいは前渡し商品の返還など *restitutiona* を命じるとか、③前払金とそれを返還する当事者の損失又は費用との相殺又は調整を命じるとか、④契約解消までの相手方の履行により、利益を受けた当事者にその利益（但し経費を差し引く）の支払を命ずるとか、⑤履行困難により被る当事者の損失を衡平的に当事者間に分担させるなど、従来のフラストレーションの効果とされてきた①～④に加えて、両当事者の痛み分けによる衡平的分担のための⑤をも加えた裁量判断ができるとしている⁽²⁶⁾。これらは契約の解消に伴う当事者の清算手続において、契約を単に解消するだけにとどまらず、その後始末についてさらに一歩踏み込んだ処置をすることができるとするものであるといえる⁽²⁷⁾。わが国における著しい事情変更を事由とする契約の終わり方の規律に当ても、単純な「解除」ないし「解約告知」と解されてきたことを改めて、その効果規律を事情変更の法理の精神に対応して規律することが必要である。

ii 事情変更による契約の終わり方と当事者間の基本的法律関係

事情変更を事由とする契約の終わり方の規律構造についての、以上のような検討

からすると、法定解除と同様の契約の拘束力からの離脱、解放型として規律するのが妥当ということになるが、法定解除のように、その拘束力からの離脱、解放を遡及するものと規律すべきではなく、事情変更以前の契約債権関係は当然有効であり⁽²⁸⁾、将来に向かってのみ拘束力からの離脱、解放が認められると解すべきである。継続的長期契約の場合には異存はなく、むしろ当然といえる。一時的長期契約の場合についてみると、ごく稀な場合として、双務契約において、一方当事者の給付義務が全部又は一部が履行された後に、著しい事情変更が生じたことを事由とする場合が考えられるが、この場合は、その給付行為は有効であるが、他方当事者が契約の拘束力から離脱、解放されることによって、一方当事者の給付行為は公平の観点からみて法律上の原因のない給付となり不当利得として返還請求できるものと解されるから、非遡及として規律しても不都合はないであろう。また、法定解除のような現状回復義務は、一方当事者の債務不履行により生ずる対価的均衡を貫徹するものであることは前述した通りであるから、著しい事情変更を事由とする契約の終わり方としては認める必要はない。さらに、民法545条3項の損害賠償を、通説のように債務不履行に基づく損害賠償と解する限りでは、当事者の有責を問題としない著しい事情変更を事由としての契約の終わり方の場合には適用のないことは明らかである。以上のことからすると、著しい事情変更を事由とする長期契約の終わり方としては、民法545条は適用されないものと解するのが妥当ということになる。同様に、民法（債権関係）の改正との関係でも、民法545条を基本的に維持するものとされている法定解除の効果規定（要綱原案第12、改正条文案545条）は適用すべきではないことになる。ただ、著しい事情変更を事由として契約の拘束力から離脱、解放が認められることに伴って、他方当事者に生ずる損失の処理については若干、問題が残る。これは、法定解除における債務不履行による損害以外の損害であって、現状回復義務としては処理できない法定解除に伴う損害と同質の損害とみてよいからである。このような法定解除に伴って生ずる債務不履行に基づく損害以外の損害については、私見としては民法545条3項が、これを処理するための規定であると解し、そのような損害賠償を請求できると解するのが妥当とした。しかし、このような損害賠償は一方当事者の帰責によるものではないが、一方当事者による債務不履行を事由として契約の解除が認められることによる損害であって、著しい事情変更という契約当事者に起因しない事由による損失とは異なる

ものである。このことから、法定解除の場合と同様に民法 545 条 3 項によることは妥当ではない。そのような著しい事情変更を事由としての契約の解消ないし終了に伴って一方当事者に生ずる損失については、両当事者の痛み分けとして両当事者に衡平的に分担させるのが妥当ではないかと思われる⁽²⁹⁾。

注

- (1) もっとも、身元保証法 4 条では、被用者の業務上不適任又は不誠実なる事績が生じとき、あるいは被用者の任務又は任地に変更があるときには、身元保証人は将来に向かって契約の解除ができる旨、規定している。
- (2) 五十嵐清・契約と事情変更（有斐閣・1991 年）147 頁以下。中村肇「後発的事情変更の顧慮とその妥当性」(1)富大経済論集 46 巻 1 号 159 頁。我妻栄・債権各論（上巻）（岩波書店・1954 年）178 頁。
- (3) 勝本は事情変更の法理の効果として第一次的に契約内容を変更せしむる抗弁権の発生、第二次的には解除権、解約権、取消権が発生するとする（勝本正晃・民法における事情変更の原則（有斐閣・1926 年）22 頁、23 頁）。
- (4) 我妻・前掲書 179 頁以下、五十嵐・前掲書 164 頁、中山充「事情変更の原則」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修・現代契約法大系第 1 巻（有斐閣・1983 年）73 頁など。
- (5) 最判昭和 29・1・28 民集 8 巻 1 号 234 頁、最判昭和 29・2・12 民集 8 巻 2 号 448 頁、最判昭和 30・12・20 民集 9 巻 14 号 2027 頁など。
- (6) 大判昭和 19・12・6 民集 23 巻 19 号 613 頁。
- (7) 五十嵐清「判例解説」民法判例百選 100 頁。
- (8) 商事法務編・民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（商事法務 2013 年）382 頁。
- (9) 民法（債権関係）部会資料 65B・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(2) 2 頁。なお、民法（債権関係）部会資料 72B・民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討(8) 4 頁でも、解除に絞って要件を検討としている。
- (10) 新井吐夢＝笹井昭「徹底フォロー 法制審民法（債権関係）部会第 2 ステージからの審議状況」(20・完) NBL994 号 50 頁。
- (11) 民法（債権関係）部会資料 77A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1) 1 頁。
- (12) 中村・前掲(1) 175 頁。
- (13) 中村肇「後発的事情変更の顧慮とその妥当性」(2) 富山大経済論集 46 巻 2 号 98 頁以下。
- (14) 勝本・前掲書 2 頁、3 頁、同旨、我妻・前掲書 26 頁。
- (15) 勝本・前掲書 621 頁参照、山中・前掲 73 頁参照。
- (16) 勝本・前掲書 461 頁、486 頁以下。中村はクロチュウスも黙示的条件構成を否定し「正義」「衡平」に求めていると指摘する（中村・前掲(2) 103 頁、105 頁）。
- (17) 民法（債権関係）部会資料 77A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1) 1 頁。
- (18) ユニドロフでは継続的な契約関係特に長期契約に適用されることを想定されている（加藤亮太郎「ユニドロフ国際商事契約原則における事情変更の原則」東海法学 22 号 72 頁）。
- (19) 我妻・前掲書 282 頁。

- (20) 民法（債権関係）部会資料 77A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(1) 1 頁。
- (21) 民法（債権関係）部会資料 68A・民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台(3) 30 頁。
- (22) 勝本・前掲書 615 頁、618 頁。
- (23) 民法（債権法）改正委員会案は再交渉後の第二次効果として解除を原則とし、改定は例外—改定優先案（甲案）・解除優先案（乙案）（中村肇「事情変更の原則規定案における問題点—効果論を中心にして—」円谷峻編著・社会の変容と民法典（成文堂・2010 年）344 頁参照）。
- (24) もっとも、加藤は、事情変更の効果として解除のみとする（加藤雅信・新民法体系 I・民法総則第 2 版（有斐閣・2005 年）271 頁）。
- (25) 内田貴・契約の時代—日本社会と契約法（岩波書店・2000 年）112 頁、潮見佳男・債権総論 I（第 2 版）（信山社・2003 年）228 頁以下、和田安夫「長期契約と事情変更の原則」ジュリスト 1126 号 244 頁。
- (26) 加藤（亮）・前掲 87 頁。
- (27) 加藤（亮）・前掲 87 頁。
- (28) 勝本・前掲書 23 頁。
- (29) 加藤（亮）・前掲 87 頁参照。

（明治大学名誉教授）